Der Einfluss persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse auf die Strafbarkeit der Teilnehmer.

Unter Berücksichtigung der deutschen sowie ausländischer Strafgesetzentwürfe.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der
Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität
zu **Bonn.**

Vorgelegt von

Josef Karl Scholz

aus Mainz.

Wiesbaden 1928

Der Einfluss persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse auf die Strafbarkeit der Teilnehmer.

Unter Berücksichtigung der deutschen sowie ausländischer Strafgesetzentwürfe.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der
Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität
zu **Bonn.**

Vorgelegt von

Josef Karl Scholz

aus Mainz.

Wiesbaden 1928

Referent: Herr Professor Dr. Graf zu Dohna.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Dem Andenken

meines Freundes

Hans Martin Zarniko

Disposition.

Seite

Einleitung: Die Gestaltung der Teilnahme im geltenden Recht 1

I. Teil.

Kritische Würdigung de lege lata und persönliche Stellung zu dem Problem der Teilnahme 3

A. Kritische Betrachtung des geltenden Rechts 3

B. Persönliche Stellung zu dem Problem der Teilnahme 7

1. Ablehnung der Akzessorietät 7
2. Verselbständigung der Teilnahmeformen 8
3. Das System des Allgemeinen Bürgerlichen Strafgesetzbuches für das Königreich Norwegen von 1902 9
4. Die Vorschläge der J. K. V. 14
5. Die Parallelen in der bestehenden Gesetzgebung 17

II. Teil.

Die Behandlung des Einflusses persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse auf die Strafbarkeit der Teilnehmer im Reichsstrafgesetzbuch (§ 50).

A. Entstehungsgeschichte des § 50 RStrGB. 18

B. Ratio legis 19

C. Strafrechtliche Bedeutung der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse 20

1. Begriff 20
2. Umfang und Einteilung:
   a) Besondere Tatumstände sachlicher Natur 23
   b) Besondere Tatumstände persönlicher Natur:
      aa) Persönliche Eigenschaften und Verhältnisse „strafändernder“ Natur 24
      bb) Persönliche Eigenschaften und Verhältnisse „strafentscheidender“ Natur:
         α) Strafbegründende Umstände 28
         β) Strafausschliessende Umstände im weiteren Sinne 33

D. Kritik an der Fassung des § 50 RStrGB. 36

III. Teil.

Der Standpunkt der Entwürfe:

A. Der Vorentwurf von 1909 36

Seite

B. Der Gegenentwurf zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches von 1911 39
C. Entwurf der Strafrechtskommission 1913 und Entwurf von 1919 44
D. Vorschläge zum Entwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, ausgearbeitet von dem Strafrechtsausschuss der Münchener Juristischen Studiengesellschaft (1922) 48
E. Oesterreichischer Gegenentwurf zu dem Allgemeinen Teil des ersten Buches des Deutschen Strafgesetzentwurfs von 1919 50
F. Entwurf eines Schweizerischen Strafgesetzbuches von 1918 . . 51

IV. Teil.

Der Amtliche Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1925.

A. Die Lösung der Teilnahmefrage im Allgemeinen 52
B. Einfluss besonderer Eigenschaften und Verhältnisse auf die Strafbarkeit der Teilnehmer unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Behandlung im geltenden Recht 56

Anhang: Die Reichstagsvorlage 1927 60

Literaturverzeichnis . . . . . 61—64

Einleitung.

Die Gestaltung der Teilnahme im geltenden Recht.

Die vorliegende rechtsvergleichende Untersuchung will den Einfluss „persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse“ auf die Strafbarkeit des Anstifters und des Gehilfen behandeln. Sie nimmt dabei von einem gegebenen Standpunkt, nämlich der Stellung des Reichsstrafgesetzbuchs zu dem Komplex der Teilnahme, ihren Ausgang. Einige allgemeine Ausführungen über die Gestaltung des straftrechtlichen Begriffs der Teilnahme am Delikt sind daher unerlässlich, ehe der Autor sich anschickt, den Vergleich zwischen dem in Deutschland geltenden Recht, ausländischen Gesetzen und den Entwürfen zu ziehen, dem er seine eigene Anschauung über den genannten Begriff anzuschliessen gedenkt.

Das Reichsstrafgesetzbuch unterscheidet zwei Formen der Teilnahme: Anstiftung und Beihilfe. Zu ihnen wird fälschlicherweise vielfach auch die Mittäterschaft gerechnet. Tatsächlich ist die Mittäterschaft jedoch, wie sich aus der Fassung des § 47 RStrGB. klar ergibt, nur eine Form der Täterschaft. Das geltende Recht kennt ferner den gewissermassen als Ergänzung gedachten Begriff der mittelbaren Täterschaft. Das Reichsstrafgesetzbuch bringt sämtliche, die Teilnahme berührenden Vorschriften in eigenen Paragraphen seines Allgemeinen Teils unter und ordnet sie damit als Rahmenvorschriften den Bestimmungen des Besonderen Teils über. Der Gesetzgeber kann statt dessen, wie es im norwegischen Strafgesetzbuch von 1902 geschehen ist, die Tatbestände des Besonderen Teils so fassen, dass jeder, der schuldhaft eine Bedingung zu einem bestimmten Erfolg (z. B. Tod oder Körperverletzung eines Menschen, Vermögensbeschädigung eines anderen, Brand eines Gebäudes) gesetzt hat, darin mit Strafe bedroht ist. In diesem Falle erübrigt sich eine Unterscheidung zwischen Täterschaft einerseits und Anstiftung und Beihilfe andererseits. Denn das Gesetz richtet sich gegen jeden, der durch Setzen einer Bedingung den Erfolg verursacht hat. Eine gesonderte und deswegen in den Allgemeinen Teil gehörige Vorschrift über die Bestrafung bestimmter Formen der Mitwirkung am Verbrechen erweist sich hier nur dann als

erforderlich, wenn die Strafen nach Art und Mass der Beteiligung abgestuft werden sollen. Die Tatbestände können aber auch derartig eng gefasst sein, dass sie nur auf den als Täter anwendbar sind, der z. B. selbst einen anderen tötet oder betrügt oder ein Haus anzündet. So präzis sind die Tatbestände des Besonderen Teils des Reichsstrafgesetzbuches gehalten, dass Anstifter und Gehilfe straflos bleiben müssten, wären hierfür nicht besondere gesetzliche Bestimmungen vorgesehen.

Das geltende Recht regelt die Teilnahme gemäss der Lehre von der Akzessorietät. Danach ist die Täterschaft die Verwirklichung von Tatbestandsmerkmalen, dagegen die einzelne Teilnahmehandlung an sich betrachtet ein strafrechtlich indifferenter Akt, der erst durch Hinzutreten der Haupttat kriminellen Charakter erhält; die Strafbestimmungen des Reichsstrafgesetzbuches würden die Handlung des Teilnehmers nicht treffen, wenn sie überhaupt von der Handlung des Haupttäters loszulösen wäre. Ebensowenig kann die Teilnahme als Versuch angesehen werden, denn die Bedingungen des Erfolges, die Anstifter und Gehilfe setzen, enthalten keinen „Anfang der Ausführung" des betreffenden Deliktes. Anstiftung und Beihilfe sind somit keine selbständigen Delikte, sie sind nur strafbar als Teilnahme an der durch den Täter bewirkten Verursachungen des Erfolges. Sie entlehnen ihre Strafbarkeit einem fremden verbrecherischen Verhalten. Liegt keine Täterschaft vor, dann gibt es auch keine strafbare Teilnahme. Das geltende Recht verlangt zwar nicht für den Anstifter, wohl aber für den Gehilfen grundsätzlich mildere Bestrafung als für den Täter (§ 49). Diese Abhängigkeit der Teilnahmehandlung von der Strafbarkeit des Täters bildet einen Grundpfeiler der bestehenden Gesetzgebung und ist nicht einfach wegzuleugnen[1]). Damit soll keineswegs ihre Wertschätzung ausgesprochen, noch weniger ihre legislatorische Behandlung im Reichsstrafgesetzbuch gutgeheissen werden.

Die Akzessorietät kann nun aber enger und weiter gefasst sein; es sind mehrere Grade denkbar. Im geltenden Recht ist sie durch die einschränkenden Bestimmungen des § 50 begrenzt, der die individuelle Anrechnung von besonderen Tatumständen (persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen), die die Strafbarkeit erhöhen oder vermindern, vorschreibt. Es handelt sich um die sogenannte extremakzessorische Form: Bedingung der Strafbarkeit des Teilnehmers ist eine strafbare Handlung des Haupttäters, bei dem die Voraussetzungen des Verbrechens in objektiver und subjektiver Hinsicht vorliegen müssen. Der Täter muss den Tatbestand rechtswidrig und schuldhaft verwirklicht haben.

---

[1]) a. M. Berolzheimer und Kohler.

Kritische Würdigung de lege lata und persönliche Stellung zu dem Problem der Teilnahme.

I. Teil.

Kritische Betrachtung des geltenden Rechts.

A.

Schon an dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass sich der Geltungsbereich des § 50 RStrGB. nur auf strafändernde, d. h. straferhöhende und strafmildernde, besondere Umstände erstreckt, nicht dagegen auf strafentscheidende, d. h. solche Umstände, die die Strafbarkeit begründen oder ausschliessen. Die Teilnahme Aussenstehender an Sonderdelikten ergibt sich im Reichsstrafgesetzbuch aus den Grundsätzen der Akzessorietät, dagegen werden Strafausschliessungsgründe i. e. S. sowie Strafaufhebungsgründe als dem Tatbestand fremde, höchstpersönliche Umstände nur dem zugerechnet, bei dem sie vorliegen. Gegen diese Regelung ist jetzt nicht zu erinnern, wenn auch die Frage bezüglich der strafbaren Teilnahme am Sonderdelikt nicht durchgehend bejaht wird, sondern im Gegenteil einen Zankapfel bildet. Die grosse Zahl derer, die die Teilnahme des Extraneus am Sonderverbrechen und namentlich am Standesverbrechen verneinen, mag als Beweis dafür dienen, dass sich eine eindeutige Klärung keineswegs aus dem Gesetz ergibt, vielmehr die beiden entgegenstehenden Ansichten auf stichhaltige Gründe gestützt sind. Hier zeigt das Gesetz eine schwache Seite; sie offenbart sich am deutlichsten in der Unklarheit, die über die Teilnahme von Zivillisten an rein militärischen Verbrechen besteht.

Alle diese unerfreulichen Konsequenzen, die sich aus der viel zu engen Fassung des § 50 ergeben, sind gering im Vergleich zu den Ungerechtigkeiten und Härten, die aus der im übrigen streng durchgeführten Akzessorietät der Teilnahmehandlungen gegenüber der Täterhandlung folgen. Es ist bereits gesagt worden, dass in der Person des Täters vorhandene Unrechts- und Schuldausschliessungsgründe auch den Teilnehmer straffrei machen. Abgesehen von der Straflosigkeit der Anstiftung zum Selbstmord[2]) befriedigt das Ergebnis, soweit danach die Teilnahme an einer nicht rechtswidrigen Handlung straffrei bleibt. Wer z. B. einen in Notwehr handelnden Täter unterstützt, macht sich nicht wegen Beihilfe strafbar. Jedoch wird diese Gesetzesvorschrift, auf die Teilnahme am Verbrechen eines Schuldunfähigen analog angewandt, zur Unmöglichkeit. Der § 51 RStrGB. lautet:

> „Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn der Täter zur Zeit der Begehung der Handlung sich in einem Zustande von Bewusstlosigkeit oder krankhafter Störung der Geistestätigkeit befand, durch welchen seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen war".

---

[2]) Der Amtliche Entwurf eines Allgem. Deutschen Strafgesetzbuchs von 1925 hat in § 224 (Verleitung zum Selbstmord) eine diesbezügliche Bestimmung aufgenommen.

Bei sinngemässer Anwendung des Grundsatzes der Unselbständigkeit der Teilnahmehandlung, unter weiterer Berücksichtigung der gesetzlichen Terminologie: „Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden . . .“[3]), d. h. es liegt keine Handlung im Sinne des Strafrechts vor, ist richtiger Ansicht nach die Teilnahme im Falle des § 51 für straflos zu erklären, was auch die ganze Rechtssprechung einschliesslich des Reichgerichts anerkennt [4]). Die unerträglichen praktischen Folgen, zu denen die Straflosigkeit des Gehilfen bei Unzurechnungsfähigkeit des Täters führt, werden zeigen, dass die Lehre von der akzessorischen Natur der Teilnahme zum mindesten einer eingehenden Prüfung fähig ist.

Zumal der gesetzlichen Behandlung des Begriffs der Beihilfe haftet eine gewisse Sinnwidrigkeit an:

z. B. 1. X, der weiss, dass Y geisteskrank ist, und ihm bei der Ausführung einer als Verbrechen charakterisierten Tat hilft, geht straffrei aus.

2. X, der die Unzurechnungsfähigkeit des Y nicht kennt und ihm bei der Ausführung einer Straftat hilft, bleibt auch in diesem Falle straflos.

Im Falle 2. ist der Irrtum des X über die Zurechnungsfähigkeit des Y ohne strafrechtliche Bedeutung. Kenntnis oder Unkenntnis jenes Umstandes ändern nichts am Tatbestand, denn die Straflosigkeit folgt rechtlich aus dem objektiven Mangel einer Haupttat. Der innere Grund für die Straflosigkeit des Helfers bleibt Geheimnis des Gesetzes. Hat der Gehilfe nicht durch seine Tätigkeit eine „wesentliche Bedingung“ des verbrecherischen Erfolges gesetzt?[5]) Vergegenwärtigen wir uns weiter die umstrittenen, in unzähligen praktischen Fällen ineinander übergreifenden Begriffe: Mittäterschaft und Beihilfe. Die Beihilfe zu der Tat des Unzurechnungsfähigen bleibt straflos, die Mittäterschaft als selbständige Straftat unterliegt dem Gesetz. Das Kriterium steht auf des Messers Schneide. Gerade auf diesem Gebiet zeigt sich die Schwierigkeit der gesetzlichen Scheidung zwischen Beihilfe und Mittäterschaft. Wie wenig fehlt mitunter, um statt Beihilfe Mittäterschaft anzunehmen, und wie verschieden werden hier die Grenzen gezogen. Wohin das führt, mag folgender Fall zeigen:

X unterstützt den Y bei der Ermordung des Z; Y stellt sich als geisteskrank heraus. Wäre X bloss Gehilfe, so ginge er straffrei aus. Sieht ihn aber das Gericht als Mittäter an, so müsste er gemäss § 211 mit dem Tode bestraft werden.

---

[3]) Der Wortlaut lehnt sich stark an den § 40 d. Preuss. StrGB. von 1851 an, der begann: „ein Verbrechen oder Vergehen ist nicht vorhanden . . .“. Ebenso sagt auch der Code pénal Art 64: „Il n'y a ni crime ni délit.“

[4]) Vgl. RGE. Bd. XI, S. 56; Bd. XXI, S. 14.

[5]) RGE. Bd. 11, S. 60.

All diesen Erwägungen trägt das Gesetz jedoch keine Rechnung: Mit der strafbaren Handlung fällt auch die strafbare Teilnahme[6]).

Um den bedenklichen Folgen, die die Rechtsprechung ergeben hat, wenigstens bei der Anstiftung zu begegnen, und um gewisse, aus der akzessorischen Natur der Teilnahme sich ergebende, unbrauchbare Konsequenzen mit den Bedürfnissen des praktischen Lebens zu vereinbaren, sucht sich die Rechtswissenschaft durch Aufstellung des Begriffs der mittelbaren Täterschaft (oder intellektuellen Urheberschaft, fingierten Täterschaft)[7]) zu helfen. Gleich eingangs sei schon darauf hingewiesen, dass damit nur ein ungenügender, höchst zweifelhafter Ersatz geschaffen worden ist. Mittelbare Täterschaft liegt dann vor, wenn sich der mit Tätervorsatz handelnde Täter einer anderen Person als Werkzeug bedient, um eine den objektiven Tatbestand einer strafbaren Handlung darstellende Veränderung der Aussenwelt herbeizuführen. Sie tritt mithin, von den Voraussetzungen in der Person des mittelbaren Täters abgesehen, dann ein, wenn der angeblich Angestiftete, der physische Urheber, entweder nicht vorsätzlich, sondern nur fahrlässig handelt, oder wenn ihm überhaupt kein Verschulden zur Last fällt[8]). Der intellektuelle Urheber unterscheidet sich also von dem unmittelbaren Täter nur dadurch, dass er sich zur Herbeiführung des Erfolges einer Mittelsperson bedient; er gilt gleich dem unmittelbaren Täter als „Verursacher des Erfolges".

Über die Anwendbarkeit des Begriffs der mittelbaren Täterschaft sind Reichsgericht und herrschende Lehre jedoch nicht einig. Nach der Auffassung des Reichsgerichts kann von mittelbarer Täterschaft nur dann gesprochen werden, wenn sich der intellektuelle Urheber auch tatsächlich darüber im klaren ist, dass der von ihm als Werkzeug benutzte unzurechnungsfähig ist oder nicht vorsätzlich handelt. Die mittelbare Täterschaft ist demgemäss ausgeschlossen, wenn z. B. X den geisteskranken Y, den er vorher nicht als solchen erkannt hat, zur Begehung eines Deliktes bestimmt. In diesem Falle liegt nach Ansicht des Reichsgerichts Anstiftung vor, die mangels einer strafbaren Haupttat straflos bleibt[9]). Die aus dieser Ansicht abzuleitenden Ergebnisse können keineswegs befriedigen, um so weniger, als durch den immerhin doch vorkommenden Irrtum über die Zurechnungsfähigkeit der Mittelsperson und die daraus folgende Straflosigkeit des Täters eine grosse Lücke im Gesetz entsteht. Richtig ist die Ansicht M. E. Mayers, wonach der Irrtum durchaus irrelevant ist, ist und zwar sowohl dann, wenn die objektiv vorliegende Anstiftung

---

[6]) Für Strafloserklärung des Gehilfen: Birkmeyer, Teilnahme, S. 163, M. E. Mayer, Lehrb. S 377, sowie das Reichsgericht (herrschende Lehre), A. M.: Allfeld, S. 215; v. Liszt, § 50; Schwartz, 2 zu § 47. Frank, 3. Abschn. III/3, nimmt hier mittelbare Täterschaft an.

[7]) Vgl. v. Liszt, S. 218; Leipz. Komm., S. 37.

[8]) Vgl. RGE. Bd. 41, S. 64; Bd. 44, S. 71; Bd. 57, S. 274.

[9]) Vgl. RGE. Bd. 11, S. 21; Bd. 40, S. 21; Bd. 42, S. 151; Bd 18, S. 419; ebenso Beling, Lehre vom Verbrechen, S. 398.

vom Anstifter als intellektuelle Urheberschaft aufgefasst wird[10]), wie auch für den Fall, dass der Täter die objektiv vorliegende mittelbare Täterschaft als Anstiftung ansieht[11]). „In den beiden angeführten Fällen nämlich ist Gegenstand des Irrtums", so argumentiert M. E. Mayer, „die Verantwortlichkeit des Mitwirkenden, seine Folge, eine fehlerhafte rechtliche Konstruktion; dieser Gegenstand gehört nicht zu den gesetzlich relevanten Tatumständen des § 59, denn er liegt ausschliesslich auf dem Gebiete der Zurechnung". Der Irrtum ist hier völlig bedeutungslos. Im ersten Falle ist wegen Anstiftung, im zweiten wegen mittelbarer Täterschaft zu bestrafen.

Der Begriff der intellektuellen Urheberschaft erfährt bei Sonderdelikten eine Erweiterung. Liegt bei der unmittelbar handelnden Mittelsperson der erforderliche besondere Tatumstand nicht vor, so ist sie als Werkzeug ihres Hintermanns zu betrachten, der seinerseits durch den begrifflich notwendigen besonderen Umstand charakterisiert ist; der letztere gilt als unmittelbarer Täter, so z. B. der Beamte, der eine Amtsunterschlagung durch eine Privatperson vornehmen lässt (§ 350). Es kann jedoch jemand ein Verbrechen als mittelbarer Täter nur ausführen, wenn er auch in der Lage ist, es in unmittelbarer Täterschaft zu begehen. Die mittelbare Täterschaft wird mangels rechtlicher Eigenheiten im Gesetz nirgends ausdrücklich erwähnt. Daher muss sie im Rahmen ihrer tatsächlichen Besonderheit gleich der unmittelbaren Täterschaft umgrenzt werden und ist keinesfalls im weiteren Masse denkbar. Für den Aussenstehenden besteht somit nach geltendem Recht nicht die Möglichkeit, den Tatbestand eines delictum propium, sei es auch in unmittelbarer Täterschaft, zu verwirklichen[12]). Dagegen kann der Innenstehende mittelbarer Täter des Sonderdeliktes sein.

Während die meisten Sonderdelikte in mittelbarer Täterschaft begangen werden können, ist intellektuelle Urheberschaft undenkbar bei den sogenannten „eigenhändigen Delikten"[13]), deren Tatbestandshandlung eine mittelbare Begehung ausschliesst. Dazu gehören vornehmlich die Sittlichkeitsverbrechen. So setzt die Blutschande ein bestimmtes Verwandtschaftsverhältnis zwischen dem Täter und dem anderen Teil voraus. Es ist u. E. ganz unmöglich, dass sich nach den bestehenden Gesetzen derjenige des Inzestes schuldig macht, der einen geisteskranken Vater zum Beischlaf mit seiner eigenen Tochter

---

[10]) Vgl. M. E. Mayer a. a. O., S. 394; v. Liszt a. a. O., § 39, III, 3, und § 50, sowie die dort Zitierten. Mit anderer Begründung Frank a. a. O. 3, III, 3; Hergt a. a. O., S. 104; Allfeld a. a. O., S. 216; Köhler a. a. O., S 497.

[11]) Vgl. M. E. Mayer, Lehrb., S. 393 ff., 404; v. Liszt, § 50 u § 39, III, 3. Finger, Strafrecht, § 67, 1, II, und § 47, I, 1; Schwartz, Note 2 zu § 47; Gerland, Strafrecht, S. 145; Frank, 3, III, 3; Wachenfeld, Strafrecht, S. 109; Hergt a. a. O., S. 135, nimmt fahrlässige Täterschaft an.

[12]) Dies geht aus dem § 271 RStrGB. klar hervor. Gl. M. Leipziger Komm., S 47; Schwartz, § 47 Note 2; Nagler, S 71 ff.; Frank, 3, III, 3; Birkmeyer, V. D. d. D. u. A. St. A. T., Bd. II, S. 144; Getz, JKV., Bd. 5, S. 354; Olshausen, S. 169; A. M.: v. Liszt, § 50; Allfeld, S 215; Finger, I, S. 337.

[13]) Vgl. Binding, Grundriss, S. 146, und GS. Bd. 71, S. 5 u. 7.

bestimmt[14]). Vom gleichen Gesichtspunkt aus lehnen wir auch die Konstruktion der mittelbaren Täterschaft für Päderastie und schliesslich für Bigamie ab. Nur der Ehegatte kann die Ehe brechen, er kann sich dazu nicht eines Werkzeuges bedienen[15]). In allen diesen Fällen kommt nach geltendem Recht nur Anstiftung in Frage, die straflos bleibt, weil keine strafbare Täterhandlung vorliegt[16]). Es ergibt sich hier also dasselbe Bild, wie oben: Der Schuldige geht straflos aus.

Persönliche Stellung zu dem Problem der Teilnahme. B.

Ablehnung der Akzessorietät. 1.

Wir haben im Vorstehenden versucht, eine Darstellung des geltenden Rechts zu geben und seine Schwächen hervorzuheben. Das Ergebnis der Prüfung befriedigt nicht sonderlich. Die Regelung, die das Reichsstrafgesetzbuch für die Teilnahme vorsieht, lässt die Postulate der heutigen Strafrechtslehre weit hinter sich und bedeutet in ihrer, durch nichts begründeten Wahrung des extrem-akzessorischen Charakters, eine einzig dastehende Rückständigkeit. Ganz abgesehen davon, dass sich die Strafe des Einzelnen, nach dem, was er getan, bestimmen sollte, liegt die Gleichgültigkeit des Reichsstrafgesetzbuches gegen die Teilnahme am Verbrechen Unzurechnungsfähiger als eine klaffende Lücke offen. Wichtige Fragen, wie die Teilnahme Aussenstehender an Sonderdelikten, vor allem Militärdelikten, sowie die Möglichkeit ihrer Begehung in unmittelbarer Täterschaft sind vom Gesetzgeber überhaupt nicht geregelt, sondern werden ganz verschieden beantwortet. Die Folge ist nicht ein Streit der Geister über die Auslegung, sondern in sehr vielen Fällen ein direkter Gegensatz zwischen Lehrmeinung und Praxis. Daran ändert die Tatsache nichts, dass verschiedene Autoren die fraglichen Bestimmungen möglichst weit interpretieren. Sie suchen damit wohl den Erfordernissen der Gerechtigkeit zu entsprechen, finden jedoch die geringste Stütze im Gesetz selbst, sie werden vielmehr häufig der ursprünglichen ratio legis zuwider handeln. Schuld an den gerügten Missständen trägt in erster Linie die lediglich durch die unvollkommene Bestimmung des § 50 eingeschränkte Abhängigkeit der Teilnahmehandlungen von der Täterhandlung; diese Abhängigkeit kann bei aller Gegnerschaft gegen das geltende Recht nicht geleugnet werden[17]).

---

[14]) a. M. Hergt a. a. O., S. 161.

[15]) In diesem Zusammenhang sind neben anderen noch die Eidesdelikte zu nennen. Wer böswillig einen Gutgläubigen zur Ableistung eines falschen Eides veranlasst, schwört nicht selbst. Eine einwandfrei feststehende Tatsache, der das RStrGB durch Aufnahme des § 160 Rechnung getragen hat. Ebenso muss „der Deserteur mit eigenen Beinen entlaufen“ (Binding).

[16]) Gl. M ; Binding, S. 146; L. K., S. 44; M. E. Mayer, S. 376/78; Schwartz, § 47 Note 2; Frank, 3, III, 3; RGE. Bd. 24, S. 86; a. M.: v. Liszt, § 50, der die mittelbare Täterschaft auf alle Sonderdelikte ausdehnt.

[17]) A M.: Kohler, Studien, S. 109; Nagler, S. 143.

Die Lehre von dem akzessorischen Charakter der Teilnahme stammt aus dem Code pénal. Durch Berner wurde sie in die deutsche Literatur eingeführt und erlangte hier infolge ihrer Aufnahme in das Preussische Strafgesetzbuch von 1851 allgemeine Anerkennung[18]). Seitdem herrscht sie in der Gesetzgebung, Theorie und Rechtsprechung überall als anerkannte Lehre. Infolgedessen wurde sie auch 1870 in das neu zu schaffende Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund und später in das heute geltende Reichsstrafgesetzbuch übernommen.

2. **Verselbständigung der Teilnahmeformen.**

Die Betrachtung, die jetzt folgen soll, geht von der Frage des Kausalzusammenhanges aus. Die hier vertretene Auffassung sieht keinen Unterschied unter den verschiedenen Bedingungen des Erfolges; sie sind alle gleichwertig. Jede Handlung ist Ursache des Erfolges, wenn dieser ohne die Handlung nicht eingetreten wäre. Folglich hat jeder, der eine Bedingung zum Erfolg gesetzt hat, den Erfolg verursacht, wenn ohne die von ihm gesetzte Bedingung der Erfolg ausgeblieben wäre. Bedingung ist also gleich Ursache. Das geltende Recht teilt diesen Standpunkt nicht, vielmehr stellt es Täterschaft einerseits und Anstiftung und Beihilfe andererseits in scharfen, begrifflichen Gegensatz zu einander. Danach liegt nur in der Täterschaft die Verursachung des Erfolges, Anstiftung und Beihilfe stellen sich lediglich „als Teilnahme an der durch den Täter bewirkten Verursachung des Erfolges“[19]) dar.

Das geltende Recht sieht über den Kausalnexus hinweg, wenn zwischen dem Handelnden und dem Erfolg eine völlig verantwortliche Person als unmittelbarer Täter eingeschoben wird. Es ist aber u. E. gar kein Grund vorhanden, die Freiheit des menschlichen Willens mit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit in Verbindung zu bringen und zwischen beiden ein Abhängigkeitsverhältnis zu konstruieren. Im Gegenteil, ist eine derartige Willensfreiheit durchaus einflusslos auf den strafrechtlichen Kausalzusammenhang[20]); denn dieser verlangt nicht notwendigerweise den Eintritt des Erfolges, er fordert nur, dass sein Eintreten durch die fragliche Handlung unterstützt oder erleichtert wird. Nach der Auffassung unseres Strafgesetzbuches, das die Kausalkette durch den freien Entschluss eines zurechnungsfähigen Menschen unterbrechen lässt, kann die Strafdrohung nur durch ausdrückliche Vorschrift auf den Anstifter ausgedehnt werden. Uns erscheint die Ansicht richtig, dass die Verursachung eines gewissen Erfolges als solche strafbar ist, da jeder, „der durch Setzen einer Bedingung zu dem eingetretenen Erfolge an dessen Herbeiführung sich beteiligt, den Erfolg verursacht hat“[21]). Folglich sind gesonderte

---

[18]) Vgl. v. Liszt, § 49, und J. K. V., Bd. 5, S. 515.
[19]) Vgl. v. Liszt, Lehrbuch, § 49
[20]) Vgl. Motive zum Entwurf eines Allgemeinen Bürgerlichen Strafgesetzbuches für das Königreich Norwegen von 1902, S. 164.
[21]) Vgl. v. Liszt, Lehrb., S. 214.

Bestimmungen über die Strafbarkeit der nicht unmittelbar an der Ausführung des Verbrechens Beteiligten, überflüssig, gleichgültig, ob die Mittelsperson normal ist oder nicht. Die Formen der Teilnahme gehen richtig in dem einzelnen Begriff der Täterschaft auf: Der Anstifter wird intellektueller Täter, der Gehilfe Mittäter. Besondere Bestimmungen über die Teilnahme erübrigen sich daher völlig; sie geben nur Anlass zu Streitfragen (man denke z. B. daran, dass die Frage, wann Mittäterschaft und wann Beihilfe vorliegt, niemals einheitlich beantwortet werden konnte).

Das System des Allgemeinen Bürgerlichen Strafgesetzbuches für das Königreich Norwegen von 1902. 3.

Der Vorteil der eben dargelegten Theorie besteht vor allem in der Möglichkeit individueller Bestrafung aller am Delikt Beteiligten[22]). Jeder muss tatsächlich für das einstehen, was gerade er getan hat. Seine Tat ist nicht, wie nach geltendem Recht, eine unselbständige Teilnahme an einem fremden Verbrechen, aus dem sie ihre Strafbarkeit entlehnt. Die heute herrschende Lehre hält im wesentlichen an der Konstruktion der Teilnahme fest, obwohl sie allgemein die in der extrem-akzessorischen Gestaltung liegenden Mängel des geltenden Rechts erkannt hat und sie bekämpft. Wir geben auch gerne zu, dass eine erheblich bessere Regelung der Frage unter Beibehaltung der Teilnahmeformen und damit auch einer, wenn auch noch so geringen, Abhängigkeit von der Haupttat sehr wohl denkbar ist.

Als Hauptargument gegen die Erhebung der Teilnahme zur selbständigen Begehungsart gilt die bereits Jahrhunderte alte begriffliche Unterscheidung zwischen Täter und Teilnehmer, die sich so lange bewährt habe, dass sie auch heute noch ihre Daseinsberechtigung verdiene. Diese Begründung ist wenig stichhaltig. Zunächst hat man sich intensiver erst seit dem vorigen Jahrhundert mit der Strafrechtslehre beschäftigt. Natürlich wurden hier die Teilnahmeformen als hergebrachtes Gut übernommen und auch angewandt. Man musste sie erst genauer erforschen, um sie richtig zu beurteilen. Bezeichnend ist aber, dass schon im Jahre 1875 der norwegische Reichsanwalt Getz[23]) die später in den Mitteilungen der J. K. V. näher erläuterte gegnerische Ansicht aufstellte, wonach es hinfort nur noch Täter geben sollte; ihm folgen dann Franz v. Liszt[24]) und in gewisser Hinsicht auch die Internationale Kriminalistische Vereinigung. Getz schuf etwas unerhört Neues, indem er den Schwerpunkt in den Besonderen Teil des Strafgesetzbuches verlegte und die betreffenden Tatbestände

---

[22]) Der im Folgenden von uns dargelegte Standpunkt stützt sich in der Hauptsache auf Getz, JKV. Bd. 5 und Bd. 11; V. D. d. D. u. A. Str. A. T., Bd. 2, S. 86 ff. und S. 127 ff.; ferner auf die Motive zum Entwurf eines Allgemeinen Bürgerl. Strafgesetzbuchs für das Königreich Norwegen von 1902, S. 163 ff.; sowie von Liszt, §§ 49/50; Hagerup, Z. Bd. 29, Heft 5, S. 616 ff.

[23]) Vgl. Getz, JKV. 5, S 348 ff.

[24]) Vgl. v. Liszt, Lehrb., S. 214 ff.

so formulierte, dass jede Art der Mitwirkung am Verbrechen innerhalb des gleichen Rahmens bestraft wurde. Damit hat er schlagend bewiesen, dass die überkommene Konstruktion kein Axion ist, dass im Gegenteil durch das Zusammenfassen der drei Begriffe in einen einzigen das Gesetz nicht nur vereinfacht, sondern auch klarer gestaltet wird. Wenn nach alledem feststeht, dass die alten Begriffe revisionsbedürftig waren, so mussten doch die anderen, an ihre Stelle gesetzten neuen, erst ihre Lebensfähigkeit beweisen. Hierzu ergab sich die Gelegenheit, als jene Rechtssätze in das Allgemeine Bürgerliche Strafgesetzbuch für das Königreich Norwegen von 1902 aufgenommen wurden und damit praktischen Wert erhielten. Soll nun lediglich aus Pietät am Überkommenen festgehalten werden, das dem Neuen zweifellos unterlegen ist?

Auch viele, die ebenfalls einen begriffsmässigen Unterschied zwischen Täter und Teilnehmer ablehnen, widersetzen sich dem vollständigen Aufgehen der Anstiftung und Beihilfe in der Täterschaft. Der Grund hierfür ist in der Strafzumessung zu suchen. Nach der Auffassung jener soll die volle Strafe nur den Täter und Anstifter treffen, während für den Gehilfen Strafmilderung vorzusehen ist. Indessen ist diese Überlegung ein Trugschluss, denn man ist sich allgemein darüber einig, dass als Grundlage für eine verschiedenartige Bestrafung die verschiedene Verschuldung anzusehen ist. Diese einzelnen Schuldabstufungen glaubt man nun mit Hilfe einer begrifflichen Unterscheidung zwischen Täter und Gehilfen finden zu können. Damit wird nicht nur der Grundsatz der Bestrafung nach der Schuld des einzelnen verleugnet, sondern — worauf schon hingewiesen wurde — es lassen sich Mittäterschaft und Beihilfe nicht reinlich scheiden[25]). Es widerspricht dem natürlichen Rechtsgefühl, wenn Birkmeyer[26]) sagt, die Schuld des unmittelbaren Täters sei grösser als die Schuld dessen, der lediglich zur Vorbereitung des Erfolges mitwirkt (also eines Teilnehmers). Unleugbar kann beim Zusammenwirken mehrerer der strafbare Anteil des einzelnen am Delikt so unbedeutend werden, dass seine Strafwürdigkeit sich vermindert. Es ist aber nicht einzusehen, warum dieser Fall nur bei dem „Gehilfen" möglich sein soll. Selbst bei Anerkennung der objektiv grösseren Wirksamkeit des „Täters" kann sich seine Wirkung im allgemeinen, verglichen mit der anderer Schuldiger, als wesentlich geringer herausstellen. Es widerspricht den Forderungen der Gerechtigkeit, dass der Gehilfe, auf dessen Seite unter Umständen ein schwereres Verbrechen vorliegt, als auf Seiten des Täters, nach dem Buchstaben des Gesetzes, milder bestraft werden muss. Ein Beispiel möge zur Erläuterung dienen:

Der noch unbestrafte A will, um seiner materiellen Not zu steuern, einen Einbruchsdiebstahl ausführen. B, ein alter Gewohnheitsverbrecher, weist ihn auf die dafür besonders günstige Lage

[25]) Vgl. JKV. Bd. 11, S. 516.
[26]) Vgl. Birkmeyer a. a. O., S. 151.

der Villa X hin. Er unterrichtet ihn genau über ihre Beschaffenheit und versieht ihn mit den erforderlichen Instrumenten. Während nun A einbricht, lenkt B den Polizisten Z durch falsche Alarmierung von dieser Gegend ab, weil er weiss, dass der nächtliche Patrouillengang des Z zu dieser Stunde an der Villa X vorbeiführt.

Auch in subjektiver Hinsicht rechtfertigt sich die Strafermässigung für den Gehilfen allein nicht. Wer z. B. durch Drohungen oder Überredung zur Ausführung einer Tat verleitet wird, soll strafwürdiger sein als ein Gehilfe, der aus innerster Überzeugung und womöglich wegen eines in Aussicht gestellten Gewinns der Tat Vorschub leistet?[27]) Wir kommen somit zu dem Ergebnis, dass eine billige Strafzumessung keineswegs auf einer begrifflichen Unterscheidung zwischen den verschiedenen Arten der Mitwirkung aufzubauen ist. Wir können im Gegenteil die Notwendigkeit ihrer Beibehaltung vom Standpunkt der Gerechtigkeit aus nicht anerkennen. Die u. E. dieser Frage wie überhaupt der ganzen sogenannten „Teilnahme" entsprechendste Lösung bringt das Allgemeine Bürgerliche Strafgesetzbuch für das Königreich Norwegen von 1902. Es sagt in seinem § 58:

„Haben mehrere zu einem strafbaren Zwecke zusammengewirkt und ist die Mitwirkung eines einzelnen entweder im wesentlichen durch seine Abhängigkeit von einem anderen der Beteiligten veranlasst worden oder im Verhältnis zu der anderer von geringerer Bedeutung gewesen, so kann in Hinsicht seiner die Strafe unter das angedrohte Mindestmass oder auf eine mildere Strafart herabgesetzt werden. Wo nach sonstigen Regeln Geldstrafe verhängt werden könnte, sowie bei Übertretungen kann die Strafe ganz fortfallen".

Diese Bestimmung spricht für sich selbst und enthält besonders in der Frage der Strafzumessung eine vollauf befriedigende Lösung. Dabei ist der Strafrahmen im Norwegischen Strafgesetzbuch ausserordentlich weit gefasst, und überdies kann das Gericht die Mindeststrafe wegen mildernder Umstände noch herabsetzen. Trotzdem soll der § 58, wie die Motive sagen, „ausdrücklich die Möglichkeit eröffnen, bei Vergehen und anderen, ganz geringfügigen Delikten in jedem Falle den weniger schuldigen Teilnehmer straffrei zu lassen".

Das Norwegische Strafgesetzbuch ist auf dem Grundsatz der Gleichwertigkeit aller Bedingungen aufgebaut. Alle an einem Verbrechen Mitwirkenden sind selbständig und als Täter verantwortlich. Damit wird auch hier mit der alten These gebrochen, für die Strafbarkeit des mittelbaren Verursachers (Anstifters, Gehilfen) sei es entscheidend, dass vom unmittelbaren Täter ein Delikt begangen worden ist. Der mittelbare Verursacher hat durch fremde menschliche

[27]) Sehr ausführlich und klar hierüber Hagerup, Z. S. 630/2.

Tätigkeit statt z. B. durch ein Tier den Erfolg verursacht, ist also genau wie der unmittelbare Täter zu strafen. Aus dieser Gleichsetzung des „Anstifters" und „Gehilfen" mit dem „Täter" ergeben sich zwei Folgerungen, die in scharfem Gegensatz zu dem geltenden Recht stehen. Zunächst liegt ein strafbarer Versuch des mittelbaren Verursachers schon vor, wenn er einen anderen zur Ausführung eines Verbrechens zu bestimmen oder ihn dabei zu unterstützen versucht hat; der unmittelbare Täter braucht selbst keine Versuchshandlung vorgenommen zu haben. Natürlich gilt das nur für die Fälle, in denen der Versuch überhaupt strafbar ist, oder in denen sich die Strafdrohung nicht ausschliesslich gegen den „Täter" richtet. Ob damit die Strafbarkeit des Versuchs zu weit ausgedehnt ist, steht hier nicht zur Entscheidung. Jedenfalls ist immerhin der Einwand denkbar, dass es billigem Ermessen nicht entspricht, wenn einer, der nur durch Ratschläge oder Lieferung der nötigen Werkzeuge dem Delikt Vorschub geleistet hat, bestraft werden soll, wogegen der hierdurch Unterstützte straffrei ausgeht, weil er selbst keiner strafbaren Handlung bezichtigt werden kann. Andererseits wird häufig die Straflosigkeit der sogenannten Hilfeleistungen ein unbefriedigendes Resultat ergeben[28]).

z. B.: A hat sich bei dem B genau erkundigt, wo er den ihm verhassten C am sichersten antreffen könne, da er ihm, wie er B wissen lässt, nach dem Leben trachtet. In Wirklichkeit will A den C bloss berauben und bedient sich dazu der erhaltenen Mitteilungen.

Nach der gewöhnlichen Teilnahmelehre ginge hier B, der die Auskunft gegeben hat, straflos aus, zweifellos entgegen dem allgemeinen Rechtsempfinden. U. E. sind auch eventuelle Bedenken über die zu grosse Ausdehnung der Strafbarkeit verbrecherischer Versuche unbegründet. Die Fälle, in denen derartige Handlungen verfolgt werden, ohne dass es wenigstens zu einem Versuch des „unmittelbaren Täters" gekommen wäre, sind äusserst selten und haben dann meistens ein ganz anderes Gepräge. Dies erhellt schon daraus, dass es sehr schwierig ist, ein Verfahren einzuleiten, wenn noch keine die verbrecherische Absicht erweisende konkrete Handlung vorliegt. Die Verfolgung wird sich in praxi in der Hauptsache auf Fälle der Selbstanzeige und Denunziation von Seiten Mitschuldiger beschränken. In diesem Zusammenhang sei noch darauf hingewiesen, dass heute viele Gesetzgebungen die misslungene Anstiftung (also eine Erscheinungsform der versuchten Anstiftung unter Strafe stellen[29]). Das Reichsstrafgesetzbuch sucht diesem Gedanken durch Aufstellung des § 49 a (Aufforderung und Anerbieten) Rechnung zu tragen, der eine der versuchten Anstiftung

---

[28]) Vgl. Getz, JKV. 5, S. 362.

[29]) Im übrigen sei noch auf die in der Grundauffassung gleiche Stellungnahme bezüglich der misslungenen Anstiftung seitens der J. K. B. (Bd. 11) verwiesen.

gegenüber etwas begrenzte Bestimmung enthält[30]). Es bedroht weiter im § 369 Ziffer 1 das Anfertigen und Verschaffen von Nachschlüsseln und ähnlichen Einbruchswerkzeugen mit Strafe. Damit erhebt es auch eine „Beihilfe"-Handlung zum selbständig strafbaren Delikt[31]).

Die zweite Neuerung, die sich aus dem Fortfall der Unterscheidung zwischen unmittelbarer Täterschaft und Teilnahme ergibt, ist die Ermöglichung der Bestrafung der fahrlässigen Teilnahme. Danach ist derjenige, der infolge Fahrlässigkeit eine zurechnungsfähige Person zu einer verbrecherischen Handlung veranlasst, in gleicher Weise strafbar, wie der, der fahrlässigerweise einen Geisteskranken zu einem derartigen Vorhaben bestimmt. Auch der Kommissionsentwurf von 1913 (§ 38) und der Entwurf von 1919 (§ 31) enthalten eine Gesetzesvorschrift über das fahrlässige Zusammenwirken mehrerer und bestrafen in einem solchen Falle jeden als Täter. — Fahrlässige Mitwirkung zu fahrlässigem Handeln wird genau wie fahrlässige „Täterschaft" beurteilt.

In unserem geltenden Recht ist es nicht immer möglich, den Umfang einer Strafdrohung einwandfrei festzustellen. Es bestehen häufig Zweifel, ob die Natur des betreffenden Deliktes oder die gesetzliche Bestimmung die Deliktsbegehung bezw. die Teilnahme daran durch jeden zulässt. Die Richtigkeit dieser Feststellung wird durch die Uneinigkeit, die z. B. bezüglich der Teilnahme am Sonderdelikt herrscht, klar bewiesen. Der völlige Mangel jeder Bestimmung über die „Teilnahme" im Allgemeinen Teil des Norwegischen Strafgesetzbuches ist nur bei entsprechender Fassung der Tatbestände im Besonderen Teil möglich. Der norwegische Gesetzgeber geht von dem Gedanken aus, dass in den speziellen Bestimmungen selbst ausgesprochen werden muss, was das Gesetz eigentlich will. Es ergibt sich eindeutig aus jedem Tatbestand des Besonderen Teils, ob jedermann oder nur qualifizierte Personen als Täter in Frage kommen können. Die unbedingte Klarheit der Formulierungen des Tatbestandes kann nicht hoch genug geschätzt werden, zumal sie jeden Streit der Meinungen über das Ausmass der Strafbarkeit verhütet. So glücklich das Ergebnis im allgemeinen genannt werden muss, so wenig kann allerdings die Regelung, die das norwegische Strafgesetzbuch den Amtsverbrechen angedeihen lässt, befriedigen. Die Strafdrohungen des 11. Kapitels (§§ 110—126) richten sich ausschliesslich gegen den unmittelbaren Täter, einen Beamten, womit die Möglichkeit der Mitwirkung eines Extraneus verneint wird. Das Gesetz bedroht lediglich im 12. Kapitel (Verbrechen gegen die Staatsgewalt in §§ 127, 128 ff.) einige wenige Fälle der Mitwirkung einer nicht beamteten Person zum Amtsverbrechen als delicta sui generis mit Strafe. Diese offenbare

---

[30]) Ferner gehören hierher noch die §§ 85, 110, 111, 112, 141, 159, 210, 333 334/III, 357 RStrGB., sowie § 10 des Sprengstoffges. vom 9. VI. 1884 u. a. m.

[31]) Die gleiche Auffassung ist in den §§ 120, 121, 347, 355, 367, Ziffer 3 und 9, RStrGB. zum Ausdruck gebracht, ferner in den §§ 7 und 8 des zit. Sprengstoffgesetzes etc.

Lücke in der norwegischen Strafgesetzgebung befremdet um so mehr als im gleichen Kapitel die Mitwirkung an militärischen Delikten ausdrücklich unter Strafe gestellt wird.

§ 134 Absatz 2 (Mitwirkung an militärischen Delikten) . .

„Mit Geldstrafe oder mit Haft oder Gefängnis bis zu einem Jahr wird bestraft, wer dazu mitwirkt, dass jemand, der in norwegischen Kriegsdiensten steht, entläuft, oder sich zum Kriegsdienst zu gestellen unterlässt oder dazu, dass eine nach dem MStGB. strafbare Handlung begangen wird, die mit 2 Jahren Gefängnis oder mit strengerer Strafe bedroht ist".

Diese Bestimmung ist zu begrüssen; warum haben sich die folgenden deutschen Entwürfe die Anregung nicht zu Nutze gemacht? Unerklärlich erscheint uns dagegen die eng begrenzte Strafdrohung bei den Amtsvergehen. Das Interesse des Staates erheischt unbedingt eine Bestrafung derer, die sei es auch als Aussenstehende, bei Amtsdelikten mitwirken. Eine einzige, am Schluss des 11. Kapitels stehende Bestimmung über die Mitwirkung hätte, wie bei militärischen Reaten, genügt. Es ist im Norwegischen Strafgesetzbuch übrigens nicht selten, dass die Strafbestimmungen gegen mittelbare und unmittelbare Täter getrennt aufgestellt sind. So ist nach § 163 der Meineid, nach § 165 die Mitwirkung zur Abgabe einer falschen eidlichen Erklärung strafbar. Ebenso ahndet § 166 Absatz 1 die falsche unbeeidigte Erklärung, § 166 Absatz 2 die Mitwirkung dazu. Bei anderen Sonderdelikten wie Notzucht (§ 192) und Blutschande (§§ 207, 208) richtet sich die Strafdrohung in gleicher Weise gegen alle Mitwirkenden. Besondere Eigenschaften und Verhältnisse strafändernden Charakters wirken sich naturgemäss persönlich aus. Dies ergibt sich schon aus dem System.

Rückblickend müssen wir feststellen, dass das Norwegische Strafgesetzbuch durch Wahrung der Selbständigkeit des Anstifters und Gehilfen dem so heiss umstrittenen Teilnahmeproblem gerecht wird. Wir stehen nicht an, die hier gefundene Lösung als die denkbar beste anzusprechen und haben lediglich die verfehlte Behandlung der Amtsverbrechen auszustellen.

4.

Die Vorschläge der I.K.V.

In diesem Zusammenhang sind die ebenfalls der sogenannten modernen Strafrechtsschule entstammenden Vorschläge der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung (I. K. V.) zu nennen, die wenigstens in ihrer praktischen Wirkung eine grosse Ähnlichkeit mit dem norwegischen Gesetz aufweisen. Die neunte Tagung der I. K. V.[32]) zu Petersburg im Jahre 1902 gab für die legislatorische Behandlung der Teilnahme die folgenden Richtlinien aus:

[32]) Vgl. J. K. V. Bd. 11, S. 137.

Quant à la question de la compisité la loi devra abandonner toute distinction doctrinaire entre ceux, qui ont participé au même crime, et se borner à indiquer les modes de participation, qu'elle considérera comme tels"[33]).

Im Anschluss hieran nahm die Gruppe „Deutsches Reich" der I. K. V. gelegentlich ihrer Dresdener Tagung im Jahre 1903 folgende Leitsätze an[34]):

„1. Wenn zur Verübung einer strafbaren Handlung mehrere Personen vorsätzlich zusammenwirken, so trifft die auf die Handlung angedrohte Strafe jeden Teilnehmer (Täter, Mittäter, Anstifter, Gehilfen).

2. Die Gerichte sind jedoch zu ermächtigen, die Strafe derjenigen Teilnehmer, deren Schuld sich als eine geringe herausstellt, in einem gesetzlich zu bestimmenden Mass herabzusetzen.

3. Misslingt die Anstiftung, oder kommt es ohne Zutun desjenigen, der die Anstiftung unternommen hat, nicht zur Ausführung der Tat, zu der angestiftet wurde, so tritt Strafe nur in den gesetzlich vorgeschriebenen Fällen ein; es ist jedoch zu wünschen, dass eine solche Bestimmung in Ansehung aller schwereren Verbrechen getroffen werde."

Aus dieser Formulierung, namentlich aber aus den vorangehenden Referaten von Harburger[35]) und Heimberger[36]) ist die klare Abkehr von der bestehenden gesetzlichen Regelung zu ersehen. Birkmeyer verfällt einem Trugschluss[37]), wenn er unter Berufung auf aus dem Zusammenhang gerissene Worte der beiden Vortragenden behauptet, die akzessorische Natur der Teilnahme sei in diesem Vorschlag gewahrt. Sie ist es gewiss nicht, mindestens nicht in dem Ausmasse, wie es Birkmeyer hinstellt. Wenn er (S. 88) die Äusserung Harburgers (I. K. V., Bd. 11, S. 514) zitiert, „im übrigen ist davon auszugehen, dass der Umfang des Begriffes ‚Teilnahme', wie er dem Deutschen Reichsstrafgesetzbuch zu Grunde liegt . . . beizubehalten ist", so übersieht er, dass dieser bei der Aussprache über die endgültige Fassung (S. 542) ausdrücklich auch den „Täter" zu den Teilnehmern im Sinne des Absatz 1 rechnet, und dass dies de lege ferenda zum Ausdruck gebracht worden ist. Wie grundverschieden die I. K. V. die Teilnahme beurteilte, ergibt sich einerseits aus der Formulierung

---

33) Uebersetzt lautet die These ungefähr folgendermassen: „Bezüglich der Frage der Teilnahme soll das Gesetz jede der Wissenschaft entstammende Unterscheidung zwischen den Teilnehmern an ein und demselben Verbrechen aufgeben und sich darauf beschränken, die Arten der Teilnahme anzugeben, die es als solche angesehen wissen will."

34) Vgl. J. K. V. Bd. 11, S. 544.

35) Vgl. J. K. V. Bd. 11, S. 513 ff.

36) J, K. V. Bd. 11, S. 534 ff.

37) Vgl. Birkmeyer a. a. O., S. 87 ff.

des Abs. 2, zum anderen aus der von der Versammlung beschlossenen Streichung des Harburgerschen Zusatzes, „insbesondere derjenigen, welche nur Hilfe geleistet haben". Sämtliche am Verbrechen Beteiligten stehen auf der gleichen Stufe, ein schrofferer Gegensatz zum geltenden Recht ist eigentlich kaum denkbar. Dabei findet Birkmeyer, die I. K. V. habe sich viel zu eng an das Reichsstrafgesetzbuch angeschlossen.

Es entgeht Birkmeyer ferner, dass der Referent (S. 525) die Regelung der Teilnahme im geltenden Recht als „in hohem Grade verbesserungsbedürftig", inkonsequent und ungleichmässig bezeichnet. Vor allen Dingen schenkt er aber den Darlegungen Heimbergers keine Beachtung, der bei der Zusammenfassung der neuen Gedanken zu wesentlich anderen Resultaten gelangt. Heimberger führt (S. 539) aus: „Stellen wir die notwendigen Bedingungen des Erfolges einander gleich, betrachten wir jeden Beteiligten am Verbrechen als Ursache desselben, so fällt damit von selbst auch der sogenannte akzessorische Charakter der Teilnahme mit seinen unerwünschten Konsequenzen. Jeder Beteiligte kommt als selbständiger Verursacher in Betracht, nicht als einer, dessen Tat ihre Strafbarkeit entlehnt aus der Strafbarkeit der Tat des anderen. Jetzt noch muss der Mann freigesprochen werden, der mit Wissen und Willen einem anderen zur Verübung eines Verbrechens Hilfe leistet, oder sogar ihn dazu anstiftet, wenn sich hinterher herausstellt, dass der Täter geisteskrank war — einzig wegen der akzessorischen Natur der Teilnahme, vorausgesetzt natürlich, dass der Gehilfe oder Anstifter von der Geisteskrankheit des Täters nichts wusste. Künftig würde bei meiner Auffassung der Beteiligung am Verbrechen derartiges ausgeschlossen sein. Wir brauchen dann auch nicht mehr die Ausnahmebestimmungen des § 50 RStrGB. über die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse der Teilnehmer".

Damit dürfte Birkmeyers Behauptung von der Aufrechterhaltung der Akzessorietät widerlegt sein. — Der angeführte Überblick gibt in kurzen Umrissen die Ansicht der I. K. V. über die Teilnahmelehre wieder. Der Einfluss der Theorie des norwegischen Reichsanwalts Getz ist hier unverkennbar. Allerdings hat sich die I. K. V. nicht zu einer völligen Ausmerzung des Begriffs der Teilnahme verstanden, sondern sich lediglich auf die gleiche Grundstrafdrohung für alle am Delikt Beteiligten beschränkt. Es mag bedauert werden, dass sich die I. K. V. dieser letzten Konsequenz verschloss. Der wesentliche Fortschritt liegt jedoch in der Anerkennung des Beteiligten als eines selbständigen Verursachers. Was sich aus dieser Anschauung des weiteren ergibt, ist in den zitierten Äusserungen Heimbergers bereits angedeutet. Im Gegensatz zu dem Norwegischen Strafgesetzbuch verlangt der Vorstand der I. K. V. eine mindestens ins Versuchsstadium vorgerückte Handlung des „Täters", bevor er den mittelbaren Verursacher zu bestrafen erlaubt.

Ein Unterschied liegt ferner darin, dass nach den Thesen der I. K. V. ein vorsätzliches Zusammenwirken mehrerer verlangt wird, eine fahrlässige Beteiligung also nicht möglich ist.

Doch ist der Absatz 3 eine gewisse Konzession, indem er die misslungene Anstiftung „in den gesetzlich vorgeschriebenen Fällen“ unter Strafe stellt. Zu Unrecht leitet daraus Birkmeyer die regelmässige Straflosigkeit der misslungenen Anstiftung ab und sucht ein neues Beweismittel für die Anerkennung der Akzessorietät zu konstruieren. In Wirklichkeit widerstreitet dieser Standpunkt durchaus nicht der Anschauung, die das Norwegische Strafgesetzbuch vom Charakter der Anstiftung hat, vielmehr wird die praktische Durchführung, wie der Schlussatz klar beweist, kaum zu wesentlich anderen Ergebnissen führen.

Die Parallelen in der bestehenden Gesetzgebung. 5.

Der Gedanke, die Unterscheidung zwischen der Täterschaft und den einzelnen Formen der Teilnahme fallen zu lassen und einen einheitlichen Strafrahmen zu schaffen, ist auch der deutschen Gesetzgebung nicht ganz fremd. Er findet sich im Reichsstrafgesetzbuch in den §§ 203, 219 und 354[38]). Das Sklavenraubgesetz vom 28. Juli 1895 bedroht „jede Mitwirkung an einem auf Sklavenraub gerichteten Unternehmen“ mit derselben Strafe. Ebenso richtet sich das Auswanderungsgesetz vom 9. Juni 1897 (§§ 45 und 48 Absatz 2) gegen alle, die zu verbotswidrigen Auswanderungsgeschäften „gewerbsmässig“ mitwirken und bringt die gleichmässige Strafwürdigkeit aller Beteiligten zum Ausdruck. Ganz besonders ist aber auf die Stellungnahme des Bürgerlichen Gesetzbuches zu der privatrechtlichen Haftung für Schäden aus gemeinsam begangenen unerlaubten Handlungen hinzuweisen. Nach § 830 BGB. stehen Anstifter und Gehilfen den Mittätern gleich. Die Begründung, die Enneccerus[39]) gibt, deckt sich vollkommen mit der von uns (S. 13) dargelegten Kausalitätstheorie; er sagt: „. . . denn durch die bewusste Teilnahme wird jeder Einzelne für die Wirkung der Gesamthandlung kausal, auch wenn er den Teil der Handlung, der den rechtskräftigen Erfolg unmittelbar herbeiführte, nicht selbst begangen hat. Daher haften z. B. alle Teilnehmer an einem Diebstahl für den ganzen Schaden, mag der einzelne selbst Sachen weggenommen oder nichts gefunden oder nur den Plan entworfen oder nur Wache gestanden haben“.

Könnte sich die deutsche Strafgesetzgebung zur gleichen Auffassung durchringen, so wäre damit nur die Übereinstimmung zwischen Zivilrecht und Strafrecht erreicht[40]). Freilich waren die Theorien, die im Norwegischen Strafgesetzbuch zuerst in die Praxis umgesetzt wurden, vermutlich noch kaum vorhanden, als das Reichsstrafgesetzbuch entworfen wurde. Wir wenden uns nun diesem Gesetzbuch zu, um die Untersuchung anzustellen, die wir uns eingangs vorgenommen haben.

[38]) Im gleichen Sinne ist auch der § 143 RStrGB. abgefasst, doch ist er durch die Abschaffung der allgemeinen Wehrpflicht (Gesetz vom 21. VIII. 1920) gegenstandslos geworden.

[39]) Vgl. Enneccerus, Kipp und Wolff, Lehrb. d. bürgerl. Rechts Bd. I, 2, § 458.

[40]) Vgl. Harburger, JKV. Bd. 11, S. 526.

II. Teil. Die Behandlung des Einflusses persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse auf die Strafbarkeit der Teilnehmer im Reichsstrafgesetzbuch (50).

A. Entstehungsgeschichte des § 50 RSTRGB.

Dass bei der Bestrafung des Täters oder des Teilnehmers besondere, in seiner Person liegende Tatumstände in Rücksicht zu ziehen seien, ist ein Gedanke, der sich vor der Entstehung des Reichsstrafgesetzbuches nur im kodifizierten Strafrecht einiger weniger deutscher Einzelstaaten findet. Der geltenden reichsgesetzlichen Regelung nähert sich am meisten das Bayerische Strafgesetzbuch vom 1. Juli 1862. Sein Artikel 65 Abs. 3 sagt:

„Bestehen nur für die Person eines einzelnen Täters, Teilnehmers oder Begünstigers besondere Gründe, welche seine Strafbarkeit erhöhen, vermindern, ausschliessen oder tilgen, so sollen diese bei Beurteilung der Strafbarkeit der übrigen weder zum Vorteile noch zum Nachteile derselben in Betracht gezogen werden".

Dagegen schenkt das Preussische Strafgesetzbuch von 1851[41]) der ganzen Frage gar keine Beachtung. Erst der Friedbergsche Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund vom Juli 1868 stellt im dritten Absatz des § 41 folgende Bestimmung auf:

„Wenn das Gesetz die Strafbarkeit einer Tat wegen besonderer, in der Person des Täters, liegenden Eigenschaften oder Verhältnissen erhöht oder vermindert, so sind diese, die besondere Strafbarkeit bedingenden Umstände, nur bei demjenigen Täter oder Teilnehmer in Betracht zu ziehen, bei dem sie vorliegen".

Diese Vorschrift lehnt sich an § 82 des Bremischen Entwurfs von 1868 an, auf dessen Motive[42]) der Friedbergsche Entwurf in der Begründung[43]) zu § 41 hinweist. § 82 des Bremischen Entwurfs lautet:

„Die auf die Strafbarkeit der Tat Einfluss übenden, besonderen Umstände, welche nur in der Person des einen oder anderen Ur-

[41]) Erst ein Plenarerkenntnis des Preuss. Obertribunals vom 12. November 1860 (Oppenhoff R. O. Trib. Bd. I, S. 5) befasste sich mit der Sache. Es stellte sich auf den Standpunkt, dass für die Strafbarkeit des Teilnehmers ohne Rücksicht darauf, ob er in dem nämlichen persönlichen Verhältnis zur Täterhandlung steht, wie der Täter selbst, der Tatbestand der Haupttat massgebend sei. Dieses Erkenntnis war auch nicht ohne Einfluss auf die Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung in dem ersten Entwurf eines Strafgesetzbuches für den norddeutschen Bund.

[42]) Vgl. S. 47 ff.

[43]) Vorher wird in den Motiven zu § 41 noch bemerkt, dass diese Bestimmung derjenigen Auffassung entspricht, von der das preuss. StrGB. bei den für den Kindsmord und den von Ascendenten gegen ihre Kinder verübten Diebstahl gegebenen Bestimmungen ausgegangen ist.

hebers oder Teilnehmers vorhanden sind, sollen bei der Beurteilung der Strafbarkeit der übrigen weder zum Vorteile noch zum Nachteile derselben in Betracht gezogen werden, soweit das Gesetz nicht ein anderes bestimmt".

Aus den Motiven geht klar hervor, dass die vorliegende Bestimmung in gleicher Weise auf die „strafändernden" wie auf die „strafbegründenden" besonderen Umstände anzuwenden ist. Das Bremische Gesetz leugnet hiermit die im Preussischen Strafgesetzbuch geforderte strenge Akzessorietät der Teilnahmehandlungen und bestraft jeden nach seinem persönlichen „strafrechtlichen Verhältnis zur Tat". Leider schloss sich der Friedbergsche Entwurf dieser heute allgemein anerkannten Auffassung nicht an, vielmehr blieb er hinter seinem Vorbild zurück.

Der zweite Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund löste den dritten Absatz von § 41 los und gab ihm als einem selbständigen § 48 die Fassung, die im geltenden Strafgesetzbuch der § 50 beibehalten hat:

„Wenn das Gesetz die Strafbarkeit einer Handlung nach den persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen desjenigen, welcher diesselbe begangen hat, erhöht oder vermindert, so sind diese besonderen Tatumstände dem Täter oder demjenigen Teilnehmer (Mittäter, Anstifter, Gehilfe) zuzurechnen, bei welchem sie vorliegen".

Ratio legis. B.

Durch die vorstehende Bestimmung wird der akzessorische Charakter der Teilnahmehandlungen nicht unerheblich eingeschränkt. Die Abhängigkeit vom Täterstrafrahmen umfasst nicht die gesetzlichen Straferhöhungs- und Strafmilderungsgründe, die auf „persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen" beruhen. Der § 50 bedeutet also die Ablehnung der hyperakzessorischen Form der Teilnahme[44]). Zweifellos hat der Gesetzgeber diese Vorschrift als Billigkeitsmassregel gedacht; jedoch hat er, wie weiter oben erwähnt, eine höchst unvollkommene, ja inkonsequente Regelung getroffen. Der § 50 beschränkt seine Vorschrift — und damit ist das Gesetzesprinzip und sein Grundmangel gekennzeichnet — auf die besonderen Umstände, „die die Strafe erhöhen oder vermindern". Daraus ergibt sich mittels eines argumentum e contrario[45]), dass er alle diejenigen Umstände nicht berührt, deren Hinzutreten oder Wegfallen für das Vorhandensein der Strafbarkeit überhaupt von Einfluss ist, d. h. die „strafbegründenden" und „strafausschliessenden" persönlichen Eigenschaften und Ver-

[44]) Vgl. M. E. Mayer, S. 410 (Lehrb.).

[45]) Vgl. v. Bar, Gesetz und Schuld, S. 667; M. E. Mayer a. a. O., S. 410 ff.; Birkmeyer a. a. O., S. 78 und S. 157; a. M.: Nagler, Teilnahme am Sonderverbrechen.

hältnisse. Die Bestimmung des § 50 setzt also nur dann ein, wenn es sich um „strafändernde", nicht dagegen, wenn es sich um „strafentscheidende" Umstände handelt. Bei letzteren bleiben die Grundsätze der Akzessorietät in Geltung, sofern es sich nicht um persönliche Strafausschliessunggründe oder Strafaufhebungsgründe handelt[46]). Der § 50 findet lediglich auf Delikte Anwendung, bei denen sich gemäss der akzessorischen Natur der Teilnahme im Falle der Beteiligung mehrerer Personen die höhere oder geringere Strafbarkeit des einzelnen Teilnehmers auch nach solchen persönlichen Umständen des Täters richten müsste, die nur den Strafgehalt seiner Handlung kennzeichnen. Hier ordnet das Gesetz an, dass diese besonderen Umstände lediglich bei demjenigen Teilnehmer berücksichtigt werden sollen, bei dem sie vorliegen. Damit macht es sich die extrem-akzessorische Form der Teilnahme zu eigen: Für die Strafbarkeit der Teilnehmer ist Voraussetzung, dass der Täter den Tatbestand rechtswidrig und schuldhaft verwirklicht hat.

C. Strafrechtliche Bedeutung der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse.

1. Begriff.

Mit der Interpretation des Begriffes der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse steht und fällt die Auslegung des § 50[47]). Was sind persönliche Eigenschaften und Verhältnisse? Weder das Gesetz selbst oder seine Motive noch seine Entstehungsgeschichte lassen zunächst irgendwelche Schlüsse zu. Das Reichsstrafgesetzbuch sieht in der Anstiftung und Beihilfe[48]) nur unselbständige Begehungsformen. Mithin unterliegen Anstifter und Gehilfe dem Gesetz, das das Delikt mit Strafe bedroht, zu dem sie wissentlich angestiftet oder Hilfe geleistet haben. Dieser akzessorische Charakter der Teilnahme wird durch § 50 durchbrochen. Eine Bestimmung über die gesonderte Beurteilung der Teilnehmer wäre überflüssig, wenn sie lediglich auf ausserhalb des Tatbestandes liegende persönliche Umstände — wie z. B. Rückfall oder Jugend — zielte, da diese der akzessorischen Natur der Teilnahme entsprechend nur individuelle Zurechnung erfordern. Der Gesetzgeber hat offensichtlich nur bestimmten Umständen einen Einfluss auf die Strafbarkeit der Beteiligten einräumen wollen, hat aber dafür mit den Worten „persönliche Eigenschaften und Verhältnisse" und den noch vageren „diese besonderen Tatumstände" nur höchst ungenaue Kriterien geschaffen, so dass es als aussichtslos erscheint, diese Formeln verständlich zu interpretieren. Nur so viel ist klar,

---

[46]) a. M. Kohler, Studien, Bd. I, S. 138: Er bezieht den § 50 auch auf die strafbegründenden persönlichen Umstände.

[47]) Vgl. Birkmeyer a. a. O., S. 76; ferner RGE. Bd. 25, S. 266 ff., wo sich der Oberreichsanwalt in seinem Plädoyer eingehender über die Frage auslässt.

[48]) Vgl. Frank, S. 127.

dass „diese besonderen Tatumstände“ der obere, die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse“ ein jenem untergeordneter Begriff sind. Die herrschende Lehre kann denn auch nichts weiter tun, als sich bei der Erläuterung der „persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse“ auf eine einfache Wortinterpretation zu beschränken[49]). Diese stützt sich auf einen Versuch Rubos[50]), den begrifflichen Unterschied zwischen persönlichen „Eigenschaften“ und „Verhältnissen“ zu definieren:

„Persönliche Eigenschaften sind die Beschaffenheit des Wesens eines Menschen“.

„Persönliche Verhältnisse sind Beziehungen eines Menschen zu einem anderen Menschen oder zu irgend einem Dinge“.

Indessen ist mit diesen Definitionen nicht viel gewonnen. Kriterien des Unterschieds zwischen „Beziehung“ und „Verhältnis“ sind schwerlich aufzustellen, ebenso wie zwischen „Beschaffenheit“ und „Eigenschaft“ eine wesentliche Differenz nicht besteht[51]). Eine Beziehung, die von längerer Dauer ist, kann als Zustand angesprochen werden, und dieser Begriff ist dem der Eigenschaft zum mindesten nahe verwandt. Begrifflich vermögen die Definitionen Rubos eine Unterscheidung nicht zu bringen. Wir halten eine solche auch nicht für durchführbar, wohl aber für entbehrlich. Bestritten ist, ob dem Begriff der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse das Merkmal der Dauer anhaftet. Olshausen[52]) bejaht diese Frage hinsichtlich der persönlichen Eigenschaften, fügt jedoch hinzu, dass die Dauer keine unbegrenzte sein müsse. Unseres Erachtens verbindet der Sprachgebrauch den Begriff der Eigenschaften durchaus nicht mit dem der Dauer. Es ist auch nicht einzusehen, warum der Gesetzgeber mit vorübergehenden Eigenschaften eine andere rechtliche Wirkung verknüpfen sollte, als mit dauernden. Ebensowenig ist es ein Beweis für das Erfordernis des Dauernden bei den „persönlichen Eigenschaften“, wenn sich die Zumessung der Strafe nach dem Grade der Verschuldung des Einzelnen richtet, und dieses Mass ist die ratio des § 50[53]). Dass unter persönlichen Verhältnissen nur solche von Dauer

[49]) Vgl. Olshausen, S. 211; Frank, S. 126; Finger, S. 362; RGE. Bd. IV, S. 184 und Bd. XXV, S. 266.

[50]) Rubo a. a. O., S. 2 und S. 3.

[51]) Vgl. Krug, S. 71, Anm. 1: „Im Grunde genommen ist Beziehung nur ein Synonym von Verhältnis wie Beschaffenheit von Eigenschaft, so dass wir mit dieser Definition unsere Erkenntnis kaum bereichern dürften.“

[52]) Vgl. Olshausen, S. 211 ff.; Frank, S. 127; Leipz. Komm., § 50, 2; RGE. Bd. 4, S. 184.

[53]) Vgl. Ortmann, Goltd. Arch., Bd. 22, S. 392; ebenso Krug, S. 71 f., Anm. 1: „wer wird bestreiten, dass die leuchtende Helle des Meteors, die nur einen Augenblick währt, eine Eigenschaft desselben sei?“ Ferner können menschliche Eigenschaften im Laufe der Zeit leicht einer Aenderung unterliegen, so dass sie nur solange bestehen als das durch die Natur oder Recht gegebene Begründungsmoment bei ihnen fortbesteht. So kann nach § 359 RStrGB. die Beamtenqualität nur eine vorläufige sein, Rückfall im Hinblick auf die Rückfallverjährung auch nur eine Eigenschaft vorübergehender Art. Vgl. hierzu auch Doerr, S. 348 (Seuff. Bl. f. Rechtsanwendung, Finger, Lehrbuch, S. 362.

zu verstehen seien, begegnet allgemeiner Ablehnung. Da ausser dem Moment der Dauer kein wesentliches Unterscheidungsmerkmal zwischen Eigenschaften und Verhältnissen aufgestellt werden kann, und einerseits die persönlichen Eigenschaften das Kriterium der Dauer nicht unbedingt aufweisen, andererseits von vornherein einem persönlichen Verhältnisse, das eine Beständigkeit angenommen hat, der Charakter des Dauernden nicht abzusprechen ist, so erweist sich die gewünschte scharfe Scheidung zwischen „Eigenschaften" und „Verhältnissen" als untunlich. Die zwei Begriffe gehen im Gegenteil ineinander auf. Somit sind die beiden Ausdrücke namentlich im Hinblick auf die Inhaltsleere und Dehnbarkeit des Wortes „Verhältnisse"[54]) für eine prägnante Begrenzung der individuell wirkenden persönlichen Umstände unbrauchbar.

Eine entgegengesetzte, ziemlich vereinzelt dastehende Auffassung vertritt Birkmeyer[55]) in dieser Frage. Nach seiner Ansicht gehören zu den besonderen Tatumständen des § 50 nur persönliche Strafverschärfungs- und Milderungsgründe, wie etwa Rückfall und jugendliches Alter, nicht dagegen persönliche Qualifizierungs- und Privilegierungsmomente (z. B. Eigenschaft des Sohnes beim Aszendententotschlag, § 215; der unehelichen Mutter bei der Kindstötung, § 217). Danach fallen unter den Begriff der „persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse" des § 50 lediglich tatbestandsfremde Umstände, deren individuelle Zurechnung die Wissenschaft ohnedies verlangt. Die Akzessorietät der Teilnahme wird durch den § 50 nicht durchbrochen, was Birkmeyer das Wesentliche ist. Er fährt fort: „Wenn denn also bezüglich der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse — teils — soweit nämlich die akzessorische Natur der Teilnahme reicht — die Übertragung selbstverständlich ist, teils — soweit jene nicht reicht — die Nichtübertragung sich von selbst versteht, so bedarf es einer gesetzlichen Regelung dieser Materie überhaupt nicht, und kann also der § 50 gestrichen werden".

Diese Theorie, die auf dem geradezu ängstlichen Bestreben beruht, die einheitliche Linie in der Abhängigkeit der Teilnahmehandlungen von der Täterhandlung zu wahren, steht offensichtlich im Widerspruch zu den Motiven wie zur ratio legis. Ganz abgesehen davon, dass die Unterscheidung zwischen den „im Verbrechen selbst objektivierten — d. h. seinen Tatbestand gestaltenden oder umgestaltenden — persönlichen Momenten" und denen, für die es nicht zutrifft, durchaus nicht einfach ist und ihrerseits wieder zu den grössten Schwierigkeiten Anlass gibt. Die Anerkennung dieser Meinung bedeutet also einen Rückschritt in der Gesetzgebung. Kriminalpolitisch gesehen, riefe ihre Anwendung die grössten Ungerechtigkeiten und Härten hervor.

---

[54]) Vgl. Binding, Grundriss S. 173 „. . . wenn das Gesetz zufügt „oder Verhältnisse", so sagt es damit nichts Neues, denn die Teilnahme an einem bestimmten Verhältnisse zu einer anderen Person bildet eine Eigenschaft". Vgl. ferner Krug, S. 71, und Büll, S. 16.

[55]) Vgl. Birkmeyer a. a. O., S. 78 (Bd. II) und S. 157; RGE. Bd. 14, S. 102; vgl. auch Birkmeyer, Teilnahme, S. 276 ff.

Umfang und Einteilung. 2.

Bevor wir uns zu einer kritischen Würdigung des § 50 zuwenden können, wird auf die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse als solche näher einzugehen sein. Ausgangspunkt ist der doppelte Gegensatz, der der Vorschrift zu Grunde liegt[56]). Auf der einen Seite haben wir die „persönlichen" Eigenschaften und Verhältnisse von den „sachlichen" zu scheiden, da sich der Geltungsbereich des § 50 nur auf erstere erstreckt. Auf der anderen Seite sind die „strafändernden" besonderen Umstände, die unter das Gesetz fallen, scharf von den „strafentscheidenden", d. h. den strafbegründenden und strafausschliessenden zu trennen. Die genaue Kenntnis der beiden letztgenannten ist für die Beurteilung der Zweckmässigkeit des § 50 wesentlich.

Besondere Tatumstände sachlicher Natur. a.

Der Geltungsbereich des § 50 RStrGB. erstreckt sich nicht auf die sogenannten „sachlichen" Umstände strafändernden Charakters. Wird durch das Vorliegen derartiger Umstände die Täterhandlung ex lege höherer oder niederer Strafe zugeführt, so gilt das in gleichem Masse für die Teilnehmer an dem Delikt. Während bei den „persönlichen" Eigenschaften und Verhältnissen das qualifizierende oder privilegierende Moment in der Person des Täters oder Teilnehmers liegt, liefert der objektive Tatbestand die Kriterien für die „sachlichen" Umstände. Eine persönliche Beziehung zwischen dem Täter oder Teilnehmer und dem geschützten Rechtsgut besteht nicht. Die „sachlichen Umstände" sind objektive Bedingungen der erhöhten Strafbarkeit. In diesem Zusammenhang sind vor allen Dingen die durch den Erfolg qualifizierten Delikte zu nennen[57]). Damit ein qualifiziertes Delikt vorliegt, muss zu der schuldhaften Erfüllung des Tatbestandes eines Grunddelikts der schwerere Erfolg treten, den der Täter herbeiführt. Damit z. B. eine schwere Körperverletzung (§ 224) oder eine Körperverletzung mit tödlichem Ausgang (§ 226) zustande komme, muss zu der schuldhaften Erfüllung des Delikts der leichten Körperverletzung (§ 223), wenn auch ohne weiteres Verschulden des Täters, der schwerere Erfolg hinzutreten. Die Qualifikation kann jedoch auch in der Bedeutung des Objekts liegen. So verlangt der Tatbestand des § 30 RStrGB. die Beschädigung einer fremden Sache schlechthin, also die Verletzung eines privaten Interesses. Der § 304 wendet sich gegen Sachbeschädigungen, die öffentliche Interessen verletzen. Daher ist die Sachbeschädigung des § 304 zu § 303 kein Antragsdelikt, und es kann auch der Eigentümer der Sache Täter sein.

---

[56]) Vgl. M. E. Mayer a. a. O., S. 411.

[57]) R. Milger. 10. 222.

b) **Besondere Tatumstände persönlicher Natur.**

aa) **Persönliche Eigenschaften und Verhältnisse „strafändernder" Natur.**

Entbehren die „sachlichen Umstände" des Einflusses auf die Strafbarkeit der Teilnehmer, so ist andererseits den strafändernden „persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen" eine positive Wirkung eingeräumt. Das Gesetz bewertet die straferhöhenden oder strafmildernden Umstände stets nur nach den persönlichen Eigenschaften des Täters im engeren Sinne. Trotzdem erhebt sich die Frage, ob der § 50 nur dann anwendbar sei, wenn die besonderen Umstände allein bei dem Täter vorliegen oder ob die Bestimmung auch eingreife, wenn es lediglich bei einem der Teilnehmer zutrifft. Binding[58]) zieht, da das Gesetz gerade auch auf Anstifter und Gehilfen Anwendung finden solle, den durch Analogie gewonnenen Schluss: „Wo das Gesetz die Strafbarkeit einer Handlung nach besonderen, persönlichen Eigenschaften des Täters erhöht oder vermindert, soll eine entsprechende Strafmilderung bei dem Anstifter und bei dem Gehilfen eintreten, wenn in deren Person die gleichen Eigenschaften vorliegen, und zwar auch dann, wenn diese Eigenschaften beim Täter fehlen".

Liegen derartige besondere Umstände nur beim Anstifter und Gehilfen vor, so ist die Strafe nach dem Gesetze zu bestimmen, wonach der Täter zu beurteilen wäre, wenn sie bei ihm vorlägen. Strafverschärferungs- und Milderungsgründe in der Person eines Teilnehmers berühren dagegen weder den Täter noch eventuelle andere Teilnehmer am Delikt.

Unter den persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen „strafschärfender" Natur ist an erster Stelle das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern in Fällen des Totschlags und der Körperverletzung (§§ 215 und 223 Absatz 2 RStrGB.) zu nennen. Diese Delikte enthalten neben dem Tatbestand des Totschlags und der Körperverletzung die Versündigung an dem nahen verwandtschaftlichen Verhältnis. Der Mord oder Totschlag ändert seinen Charakter nicht, das Verwandtschaftsverhältnis ist lediglich ein subjektiver Strafschärfungsgrund. Die Verletzung eines weiteren Rechts, nämlich des Anspruchs der Eltern auf kindliche Pietät[59]) rechtfertigt die Strafschärfung, weil jene in Verbindung mit der Verletzung anderer Rechtsgüter zur Bildung qualifizierter Delikte führt. Ist bei solchen qualifizierten Verbrechen das strafschärfende Moment nur in der Person des Täters vorhanden, so bleibt es ohne Einfluss auf den nichtverwandten Teilnehmer, gegen den die Strafe wegen einfachen Totschlags (§ 212) an-

---

[58]) Vgl. Binding, Grundriss S. 174, ebenso darauf Bezug nehmend Olshausen, § 50, Nr. 6. Praktisch zu dem gleichen Resultat kommt auch Krug, S. 15, der jedoch den Analogieschluss Bindings verwirft und seinerseits die Definition „aus einer ungekünstelten grammatikalischen Interpretation des etwas brachylogisch konstruierten Satzes des § 50" herleitet.

[59]) Vgl. Krug, S. 59/60.

zuwenden ist. Liegt jedoch die gleiche Qualifikation nur bei dem Teilnehmer vor, so wird er bestraft, als ob das einfache Delikt, an dem er teilgenommen, ein qualifiziertes (§ 215) gewesen sei[60]).

In gleicher Weise qualifiziert die Verwandtschaft zwischen Eltern und Kindern im Falle der Aussetzung (§ 221 Abs. 2) das Delikt. Zu dem Tatbestand der einfachen Aussetzung (§ 221 Abs. 1) tritt die Verletzung des Interesses, das der Staat an der Erfüllung der elterlichen Erziehungspflicht und dem der Erfüllung dieser Pflicht entsprechenden Zustande hat[61]). Schützt auch keine, eine allgemeine Gesetzeskonkurrenz bedingende Norm, dieses staatliche Interesse, so sehen wir doch seine Verletzung in verschiedenen Tatbeständen wirksam (§ 181 Abs. 2 und § 173), oder wir finden Spuren seiner Anerkennung (§ 361, IV und § 361, IX), auch wenn das Gesetz Blutschande an Verwandten aufsteigender Linie härter bestraft als an Deszendenten (§ 173).

Als weiterer Strafschärfungsgrund ist die Rückfälligkeit zu erwähnen. Das straferhöhende Moment liegt hier in dem Umstand, dass jemand, der wegen eines oder mehrerer Delikte schon bestraft ist, wiederum das gleiche oder ein ähnliches begeht. Die Strafschärfung (§§ 244, 245, 250, V, 261, 264, 362, II) rechtfertigt sich durch den ungewöhnlichen Verbrecherwillen, den der Rückfällige an den Tag legt. Die herrschende Lehre sieht daher in der Rückfälligkeit die in der Wiederholung des Verbrechens sich zeigende unverbesserliche Sucht zum Begehen strafbarer Handlungen und ordnet sie den persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen des § 50 bei[62]).

Noch zwei strafschärfende Umstände sind zu nennen, denen die herrschende Lehre den Charakter „persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse“ zuerkennt[63]): Einmal die Gewerbsmässigkeit, gekennzeichnet durch die „Absicht, eine fortgesetzte, wenn auch nur gelegentliche, nicht dauernde oder regelmässige auf Erlangung von Vermögensvorteilen“ gerichtete schimpfliche Tätigkeit eigennützig ausüben[64]) — zum andern die Gewohnheitsmässigkeit, d. h. die durch öftere Vor-

---

[60]) Sehr ausführlich hierüber Binding a. a. O. S. 174 ff.; vgl. auch Hergt, S. 148 und die dort Zitierten.

[61]) Vgl. Krug, S. 60.

[62]) So Frank, S. 127; Köhler, S. 494 ff.; v. Liszt a. a. O., § 52, II, 1; Gerland, S. 146 f. (Strafrecht); Doerr, Seuff. Bl. S. 350; Leipz. Komm., § 50, I; ebenso RGE. Bd. 2, S. 261; Bd. 4, S. 186; Bd. 23, S. 378; Bd. 25, S. 269; Bd. 26, S. 3; vgl. auch Vereinszollgesetz § 149, II. — A. M.: Binding a. a. O., S. 174; Berner, S. 171, und Olshausen, § 50, III.

[63]) So Frank, § 50, II; Doerr a. a. O., S. 351; Olshausen, § 50, IV; Finger, S. 363; v. Liszt a. a. O., § 53, II, 1; Köhler, S. 494 ff.; Leipz. Komm., § 50, II; ferner RGE. Bd. 9, S. 708; Bd. 4, S. 186; Bd. 23, S. 378; Bd. 25, S. 269; Bd. 26, S. 3; a. M. Binding a. a. O., S. 174, er rechnet Gewerbs- und Gewohnheitsmässigkeit wie auch Rückfall zu den sogen. „Handlungseigenschaften“, die nach seiner Ansicht das Gegenteil von persönlichen Eigenschaften sind.

[64]) Vgl. Olshausen, Bd. II, § 260, Nr. 2.

nahme einer strafbaren Handlung gleicher Art bewiesene Neigung zum Delikt.

Streit herrscht darüber, ob Überlegung, das Unterscheidungsmerkmal zwischen Mord (§ 211) und Totschlag (§ 212), als persönliche Eigenschaft anzusprechen ist. Mit Unrecht wird die Überlegung manchmal als ein Moment des Willens bezeichnet, oder es wird ihr wenigstens massgebende Bedeutung bei der Willensbildung beigemessen[65]). Andere rechnen die Überlegung nicht zu den besonderen Tatumständen und begründen dies damit, dass die Überlegung der Person nicht wie eine Eigenschaft dauernd anhafte[66]). Der Schluss ist richtig, die Begründung falsch. Die „Eigenschaft" braucht keine dauernde zu sein. Näher liegt schon die Auffassung[67]), die Überlegung sei lediglich ein innerer Vorgang, der sich im Gedankenkreis des Einzelnen abspiele und keine Eigenschaft. Uns erscheint eine andere Ansicht richtig zu sein, die Doerr[68]) vertritt. Danach ist die Überlegung eine Sonderart des dolus und sowohl Voraussetzung für den objektiven Tatbestand des Delikts wie auch Faktor der subjektiven Verschuldung, der die Strafbarkeit begründet. Ist nun die Überlegung keine persönliche Eigenschaft, so richtet sich, so lange Mord und Totschlag verschiedene Delikte sind, die Strafe des Teilnehmers danach, ob bei dem Täter Überlegung vorliegt oder nicht[69]).

In diesem Zusammenhang wären auch die gemischten Amtsdelikte zu behandeln. Indessen werden wir diesen Abschnitt der besseren Übersicht wegen zusammen mit den reinen Amtsverbrechen im Folgenden besprechen[70])[71]).

Unter den persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen „strafmildernden" Charakters ist zunächst das jugendliche Alter zu nennen. Durch das Gesetz vom 16. Februar 1923 wird der Jugendliche zwischen 14 und 18 Jahren dem Jugendgericht unterstellt; die §§ 55 bis 57 RStrGB. haben damit ihre Geltung verloren. Im Gegensatz zu der

---

[65]) Für die Subsumierung der Ueberlegung unter persönliche Eigenschaften sind: v. Liszt a. a. O., § 53, II, 1; Finger, Bd. I, S. 363; v. Holtzendorff, § 18, III; Schwartz, § 211, VII; v. Bar a. a. O., S. 664 und S. 668; Coenders, S. 186; mit gleichem Ergebnis auch Hälschner, Bd. I, S. 438 ff.; Berner, S. 516.

[66]) Vgl. Olshausen, § 50, V; Leipz. Komm., S. 258 ff.; Hergt, S. 149 ff.; Rspr. III, S. 93.

[67]) Vgl. Büll, S. 23 ff.

[68]) Vgl. Doerr a. a. O., S. 347; ebenso Binding a. a. O., S. 172 (herrschende Lehre).

[69]) Frank, § 211, II, will alle Teilnehmer beim Totschlag, gleichviel, ob sie mit oder ohne Ueberlegung gehandelt haben, aus § 212 bestrafen, dagegen beim Mord nur die mit Ueberlegung handelnden Teilnehmer aus § 211.

[70]) Vgl. S. 52 dieser Arbeit.

[71]) Als persönliche Strafschärfungsgründe wären weiterhin noch zu erwähnen: die Zugehörigkeit zu einer Diebes- oder Räuberbande (§§ 243, VI, 250, II); die Eigenschaft des Rädelsführers beim Aufruhr und beim Landfriedensbruch (§ 115, II und § 125, II); die Eigenschaft des Stifters und des Vorstehers von Verbindungen (§§ 128 und 129 RStrGB.); vgl. hierzu Doerr a. a. O., S. 351; Finger, S. 363, S. 515.

für die Strafbarkeit früher vom Gesetz ausschliesslich erforderten Verstandesreife verlangt der § 3 JGG. heute daneben auch die Willensreife. Jedoch kann nach § 3 JGG. schon bestraft werden, wer auf Grund seiner geistigen und sittlichen Entwicklung in der Lage ist, wenn auch nicht das Strafbare, so doch das Ungesetzliche seiner Handlung einzusehen. Nach § 2 JGG. bleibt straflos, wer noch nicht 14 Jahre alt ist. Der Charakter des Verbrechens als solchen bleibt davon unberührt, so dass die Strafbarkeit strafmündiger Teilnehmer unvermindert fortbesteht.

Strafmildernd wirkt ferner die frühere Zugehörigkeit zu einem fremden Heere im Sinne des § 88 RStrGB. Gemeint ist das Verhältnis des § 88, III zu § 88, I; das Gesetz will durch die mildere Bestrafung den Gefühlen des Täters, der bereits vor Kriegsausbruch im feindlichen Heere gedient und damit auch der gegnerischen Kriegsmacht seinen Treuschwur geleistet hat, Rechnung tragen, indem es den Widerstreit der Pflichten anerkennt[72]).

Eine Strafmilderung liegt auch in der Rücksicht, die der Gesetzgeber auf die eigentümliche Lage der Mutter bei Tötung ihres unehelichen Kindes nimmt (§ 217). Der Beweggründe, die die Mutter veranlassen können, den Tod des Kindes herbeizuführen, gibt es viele und einleuchtende. Die besondere psychische Gefährdung, der die Mutter eines neugeborenen unehelichen Kindes ausgesetzt ist, verschafft dem Verwandtschaftsverhältnis zwischen ihr und dem Kinde Einfluss auf das Strafmass.

Auch ist die Strafermässigung, die der § 158 bei rechtzeitigem Widerruf einer unter Eid oder Versicherung an Eidesstatt abgegebenen subjektiv unwahren Erklärung vorsieht (tätige Reue), als persönliche Eigenschaft strafmildernden Charakters anzusehen, da die Vorschrift dem Sinne nach in gleicher Weise auf Täter wie auf Teilnehmer passt[73]).

Vielfach wird auch die Provokation im Sinne des § 213 RStrGB. als gesetzlich strafmildernder Umstand persönlicher Natur angesehen. der Täter, der durch eine ihm oder seiner Familie angetane schmähliche Behandlung zur äussersten Wut gereizt ist, schlägt, seiner nicht mehr mächtig, den Beleidiger tot. U. E. ist gerade das Tatbestandsmerkmal des § 213 ein Schulbeispiel für mildernde Umstände, was aus den Worten des Gesetzes „oder sind andere mildernde Umstände vorhanden“ klar zu ersehen ist. Der Gesetzgeber sieht hier die Reizung ebenfalls als mildernden Umstand an und unterstellt sie keinesfalls dem § 50. Die Provokation darf nicht von den anderen mildernden Umständen getrennt werden, da sie nur einen spezialisierten Fall bildet[74]).

---

[72]) Vgl. Doerr a. a. O., S. 349; Krug, S. 48.

[73]) Vgl. Olshausen, § 50, IV; Doerr, S. 349 a. a. O.

[74]) Vgl. Olshausen, § 50, II b; Berner, S. 171; Leipz. Komm., § 50, II; RG. Rspr. Bd. 2, S. 83; Bd. 9, S. 98; a. M. Doerr a. a. O., S. 348; Krug, S. 48.

bb) **Persönliche Eigenschaften und Verhältnisse „strafentscheidender" Natur.**

α) **Strafbegründende Umstände.**

In scharfem Gegensatz zu den eben behandelten „strafändernden" Umständen stehen die „strafentscheidenden", von deren Vorliegen oder Fehlen die Strafbarkeit überhaupt abhängt. Sie zerfallen in zwei Kategorien: In die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse „strafbegründender" und in solche „strafausschliessender" Natur. In beiden Fällen bleiben die für das Reichsstrafgesetzbuch massgebenden Grundsätze über die Akzessorietät der Teilnahme in Geltung[75]).

Persönliche Eigenschaften und Verhältnisse „strafbegründenden" oder „konstitutiven"[76]) Charakters sind solche, die — wie Doerr sagt — „ein an sich strafloses Tun erst zu einem strafbaren machen, die Eigenart der Handlung selbst bestimmend ihre Strafbarkeit begründen". Es ist selbstverständlich, dass bei derartigen Delikten nur Personen von bestimmter rechtlicher Disposition der unmittelbaren wie auch mittelbaren Täterschaft fähig sind; denn die die im Gesetz enthaltene Vorschrift trifft nur sie. Unter diesen Delikten, den sog. Sonderdelikten (delicta propria) versteht man die Verbrechen und Vergehen, bei denen die Rechtsordnung einzelnen Klassen der Rechtsgenossen besondere Pflichten auferlegt, die mit ihrer Stellung im Leben der Gesellschaft verbunden sind. Vornehmlich gehören dazu Straftaten, die sich durch einen Verstoss gegen öffentliche, mit einem gewissen Amt oder Beruf zusammenhängende Pflichten kennzeichnen. Ferner sind die sog. Unternehmerdelikte hinzuzurechnen, d. h. solche, die nur von dem Unternehmer eines Gewerbebetriebes begangen werden können[77]).

Strittig ist die Frage, ob sich ein Aussenstehender, ein Extraneus, der strafbaren Teilnahme an einem Sonderverbrechen schuldig machen kann. Ebenso ist für den Fall, dass das strafbegründende Moment in der Person des Teilnehmers vorhanden ist, jedoch bei dem Täter fehlt, eine Entscheidung zu treffen. Das Gesetz bleibt die Antwort schuldig; namentlich kann von einer Anwendung des § 50 aus den schon oben dargelegten Gründen keine Rede sein[78]).

Die zunächst auftauchende Frage, ob Mittäterschaft eines Extraneus am Sonderdelikt möglich ist, lässt sich am einfachsten entscheiden. Mittäterschaft ist stets selbständige Begehung eines Delikts, nicht unselbständige Beteiligung an fremder Straftat; mithin gilt für

---

[75]) Vgl. Birkmeyer, Teilnahme, S. 169, und V. D. d. Str. R. A. T. II, S. 77 und 157; sowie die dort Zitierten.

[76]) Vgl. Doerr a. a. O.; RGE. Bd. 28, S. 102.

[77]) Vgl. Frank, S. 103; die letztgenannten Straftaten treten nur in Nebenstrafgesetzen auf, z. B. §§ 135, 146 Gew. O., § 21 Wechselstempelgesetz und §§ 20 und 55 Zuckersteuergesetz.

[78]) Vgl. S. 35 f. dieser Arbeit.

den Mittäter das Gleiche wie für den Alleintäter[79]). Setzt der Tatbestand also für die Person des Täters besondere Umstände voraus, so kommt als Mittäter logischerweise nur in Frage, wer diese persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse in vollem Umfange besitzt.

Schwieriger wird die Beantwortung der Frage nach der Teilnahme i. e. S., d. h. der Anstiftung und Beihilfe. Liegen die strafbegründenden Momente nur bei dem Täter vor, fehlen sie aber dem Teilnehmer, so sind sie diesem gemäss der akzessorischen Natur der Teilnahme doch zuzurechnen. Es kann sehr wohl jemand zu einer Straftat anstiften oder helfen, die er als Täter zu begehen ausserstande ist, da beide Formen der Teilnahme akzessorischen Charakters sind[80]). Erfüllt der Täter den subjektiven oder objektiven Tatbestand eines Vergehens, so wird damit die Haftung der Teilnehmer begründet. Zur Strafbarkeit wird nur erfordert, dass die Teilnehmer überhaupt deliktsfähig sind, nicht, dass sie den Tatbestand selbst hätten verwirklichen können. Die in der Person des Täters vorliegenden strafbegründenden Umstände sind also jedem Teilnehmer zuzurechnen, sofern er sie kannte (§ 59 RStrGB.).

Schliesslich ist doch die dritte Möglichkeit zu erwähnen: Die konstitutive Eigenschaft ist bei dem Teilnehmer vorhanden, fehlt aber dem Täter. Mangelt es mithin an einer strafbaren Handlung, so kann von einer Strafbarkeit der Teilnahme angesichts ihres akzessorischen Charakters keine Rede sein[81]).

Zu den wichtigsten Sonderverbrechen gehören die Amtsdelikte. Man muss hier allerdings zunächst wieder zwischen solchen Amtsvergehen unterscheiden, bei denen die Beamteneigenschaft des Täters strafbegründender Natur ist, den reinen oder eigentlichen Amtsverbrechen, und solchen, bei denen sie qualifizierenden Charakter hat, den uneigentlichen oder gemischten Amtsdelikten[82]). Unter den letztgenannten sind strafbare Handlungen zu verstehen, die neben der Amtsverletzung noch den Tatbestand eines gemeinen Delikts in sich schliessen. Da die Beamteneigenschaft hier nur die Strafe erhöht, ist gemäss § 50 der nichtbeamtete Teilnehmer nur an dem im gemischten Amtsverbrechen enthaltenen gemeinen Reat beteiligt, und somit nur dafür verantwortlich. Stiftet also z. B. ein Aussenstehender einen Postbeamten zu einer Amtsunterschlagung an, so ist er nur nach § 246 in Verbindung mit § 48 zu strafen, wogegen sich die Strafbarkeit für den beamteten Täter aus § 350 ergibt[83]).

---

[79]) Vgl. Olshausen, § 47, XVII; Frank, § 47, VI; Berner, S. 171.

[80]) Ebenso RGE. Bd. 27, S. 157, insofern als die Ausführung der Revision, „dass nur derjenige als Gehilfe bestraft werden kann, der bei veränderter Sachlage auch als Täter in Betracht kommen kann", als verfehlt bezeichnet wird.

[81]) Vgl. RGE. Bd. 20, S. 12. — a. M. Berolzheimer, S. 30/31.

[82]) Insbesondere gehört hierher die Beamteneigenschaft der §§ 340 bis 342, 347, 348, II, 349—351, 357, ferner auch „Amt, Beruf oder Gewerbe" in den §§ 222, II, und 230, II.

[83]) Vgl. RGE. Bd. 55, S. 98.

Über die Frage, ob ein Extraneus Teilnehmer an einem reinen Amtsverbrechen[84]) sein kann, sind die Meinungen geteilt. Eine hauptsächlich von Schwarze, Kohler, Finger und Wachenfeld[85]) vertretene Ansicht lehnt diese Möglichkeit ab. Die delicta propria finden nach dieser Ansicht lediglich in der besonderen Eigenschaft des Täters ihre Begründung, die seine Handlung zum Sonderdelikt stempelt. Im Besonderen weist Schwarze noch auf die allgemeine Vorschrift im § 333 und die speziellen Vorschriften der §§ 334 und 357 hin, durch die das Gesetz, um eine sonst eintretende Straflosigkeit zu verhüten, die Teilnahme an eigentlichen Amtsdelikten ausdrücklich unter Strafe stellt, somit prinzipiell negiert. In dem gleichen Zusammenhang erwähnt er dann noch die §§ 354 und 355. Nach anderer Ansicht[86]) kann der Extraneus zwar sittlich, aber niemals rechtlich schuldhaft handeln, wenn er sich an einem eigentlichen Amtsvergehen beteiligt. Für ihn ist die Verletzung des Rechtsgutes als solchen gleichgültig. Schliesslich halten es noch manche[87]) für inkonsequent, wenn man den Teilnehmer am gemischten Amtsdelikt nur für das in diesem steckende gemeine Vergehen straft, andererseits ihn aber beim delictum proprium für das Amtsdelikt selbst einstehen lässt.

Demgegenüber ist festzustellen, dass bei den eigentlichen Amtsdelikten die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse zum objektiven Tatbestand gehören, da ohne sie der Tatbestand nicht erfüllt werden kann. Die Beamtenqualität ist mithin Tatbestandsmerkmal, der Vorsatz des Teilnehmers muss sich auch auf sie beziehen. Damit erstreckt sich die Strafbarkeit bezw. Rechtswidrigkeit über die Person des Täters hinaus auf Nichtbeamte, die im Teilnahmeverhältnis stehen. Es ist auch kein Grund, einzusehen, warum ein schuldhafter und in entsprechender Weise sich betätigender Wille straflos sein sollte. Wenn auch nur ein Beamter in der Lage ist, das Amtsdelikt als Täter zu begehen, so folgt daraus keineswegs, dass sich der aussenstehende Teilnehmer nicht strafbar machen kann, denn die §§ 48 und 49 RStrGB. machen die Strafbarkeit des Teilnehmers nicht von der Möglichkeit seiner Täterschaft abhängig. Der auf die Ausführung des Amtsverbrechens gerichtete Wille des Extraneus ist ein sittlich schuldhafter, durch die Mitwirkung zur Verübung eines solchen Deliktes wird er zum rechtlich schuldhaften und strafbaren[88]).

---

[84]) Darunter fallen auch die Delikte der Rechtsanwälte §§ 300, 352 und 356, die der Geistlichen und Religionslehrer §§ 130 a, 174, I, 181, II; 338; die der Aerzte, Apotheker, Hebammen usw. §§ 174, III, 278, 300; die der Baumeister und Bauhandwerker §§ 367, XV; die der Feldmesser, Versteigerer usw. §§ 266, III; die der öffentlichen Pfandleiher § 290; die der Geschworenen und Schöffen §§ 138, 334, die der Ausgewiesenen §§ 361, Ziff. 2; der Kontrolldirne § 361, Ziff. 6 u. a. m.

[85]) Vgl. Schwarze, S. 141; Kohler, Arch. f. Str. 1904, Heft 2/3; Finger, S. 364; Wachenfeld, Strafrecht, S. 212/13.

[86]) Vgl. Bernhard, Diss. § 6.

[87]) Vgl. u. a. Koppmann, § 6.

[88]) Vgl. Sauer, S. 636 ff.; Hälschner, S. 436 ff.

Nagler[89]), der die Materie gründlich durchforscht hat, erkennt die Teilnahme von Privatpersonen an Amtsverbrechen vom Wesen des Sonderdelikts aus an. Obwohl diese Rechtsgüter unmittelbar nur von einem gewissen Kreise von Staatsbürgern verletzt werden können, fordern sie „in ihrer Unverletztheit Respekt von allen". Als Teilnehmer kann ein Aussenstehender dieses Rechtsgut gefährden, wiewohl er nur einzelne Bedingungen zu dem verbrecherischen Erfolg setzen kann. Nicht nur um der Gerechtigkeit willen, sondern ebensosehr im Interesse des Staatswohls kann die Rechtsordnung einer Beteiligung Dritter an derartigen Verbrechen nicht gleichgültig gegenüberstehen. Zweifellos war es der Wille des Gesetzgebers, derartige Eingriffe in die Rechtssphäre zu unterbinden. Die Strafbarkeit des zivilen Teilnehmers am Standesverbrechen rechtfertigt sich nach dieser Auffassung durch den Schluss, dass der Extraneus, soweit er den verbrecherischen Erfolg mitbewirken und mitverschulden kann, auch dafür einzustehen hat[90]).

Anders verhält es sich mit der Teilnahme von Zivilisten an rein militärischen Delikten. Analog den Beamtenvergehen zerfallen auch die Militärdelikte in unechte und echte. Bei den eigentlichen Militärdelikten handelt es sich vielfach um Verstösse gegen die Dienstvorschriften und die Pflicht, die die allgemeine Rechtsordnung nicht verletzen, sondern nur störend auf das Dienstverhältnis wirken. Die herrschende Lehre hält[91]) die Teilnahme von Zivilpersonen an rein militärischen Vergehen für strafbar. U. E. kann der teilnehmende Zivilist nicht bestraft werden. Ganz abgesehen von der Tatsache, dass es sich um zweierlei Gesetze und somit auch um zwei verschiedene Strafensysteme handelt, sind die §§ 112 und 141 RStrGB. (früher noch § 142, II und § 143, II) zu beachten, in denen die Teilnahme Aussenstehender an den wesentlichsten Militärdelikten unter Strafe gestellt ist. Damit gibt der Gesetzgeber unzweideutig zu erkennen, dass die Beteiligung von Zivilisten an reinen Militärdelikten nicht unter die allgemeinen Bestimmungen über Teilnahme fallen soll. Andernfalls müssten die oben genannten Vorschriften als überflüssig wegfallen. Auch § 5 der Motive des ehemaligen Militärstrafgesetzbuches lässt klar erkennen, dass die Bestimmungen dieses Gesetzbuches

---

[89]) Vgl. Nagler, S. 96/97. Er lehnt hier das argumentum e contrario aus § 50 ausdrücklich ab, erkennt aber S. 113 ff. die Strafbarkeit der Teilnahme Aussenstehender am Sonderverbrechen aus den oben dargelegten Gesichtspunkten an. Gegen die Auffassung, die Teilnahme am Sonderverbrechen erkläre sich aus der Akzessorietät, wendet er sich weiterhin S. 110.

[90]) Die Strafbarkeit der Teilnahme an Amtsverbrechen erkennt an: v. Bar a. a. O., II, S. 669; Birkmeyer, Teilnahme, S. 170, v. D. d. Str. A. T., II, S. 77; Coenders, S. 176; Doerr a. a. O.; Frank, § 48, III, 1; Allfeld, S. 208; v. Liszt a. a. O., S. 235; Berner, §§ 49 und 53, II, 2; Hälschner, I, S. 437; Leipz. Komm., § 50, III; RGE. Bd. 6, S. 129 und 414; Bd. 13, S. 52; Bd. 38, S. 417; Bd. 50, S. 135; Rspr. Bd. 9, S. 208.

[91]) Vgl. Leipz. Komm., S. 258 ff.; Allfeld, S. 208; Schwartz, S. 127; Nagler a. a. O., S. 116 ff.; Doerr a. a. O. und das Reichsgericht: RGE. Bd. 6, S. 7; Bd. 25 S. 234; vgl. auch die unter Anm. 2 auf S. 57 dieser Arbeit Zitierten.

— soweit sie nicht im zweiten Teil, Titel 3, enthalten sind[92]) — lediglich auf „Personen des Soldatenstandes“ Anwendung finden. Sie lauten:

„Abgesehen von den im 3. Titel des 2. Teiles enthaltenen Anordnungen sind es nur die Personen des Soldatenstandes und die Militärbeamten, welche dem Gesetzbuche unterworfen sein sollen“.

Schliesslich ist es noch ein letztes Moment, das eine strafbare Teilnahme von Zivilpersonen an Militärverbrechen ausschliesst: Welche Strafe des Reichsstrafgesetzbuches entspricht dem Arrest des Militärstrafgesetzbuches? Das Reichsgericht[93]) nimmt Haft an, andere Gefängnis. Befriedigen kann u. E. weder die eine noch die andere Auffassung, denn in keinem der beiden Gesetzbücher ist eine Stelle zu finden, die diese Frage berührte, geschweige denn eine eindeutige Antwort darauf gäbe. Auch wenn sich das Reichsgericht bei seinen Entscheidungen auf § 1 der Motive zum Entwurf des alten Militärstrafgesetzbuches stützt, ist dies ein Trugschluss. Gewiss steht hier, dass der Haft, deren Höchstbetrag 6 Wochen ist, gelinder Arrest bis zu 6 Wochen entspricht. Das Militärstrafgesetzbuch kennt jedoch drei Arten dieser Strafe: Stubenarrest bei Offizieren, gelinder Arrest bei Unteroffizieren und Mannschaften, geschärften Arrest bei Unteroffizieren und Mannschaften (§§ 17 und 19 f). Welche zwei verschiedenen Strafen sind nun analog den übrigen Abstufungen des Arrestes anzuwenden?

Im Rahmen der uns gestellten Aufgabe können wir uns der Lösung dieser Frage nur kurz zuwenden. Wir müssen die Strafbarkeit der Teilnahme von Zivilpersonen an rein militärischen Delikten nach Lage der Dinge verneinen[94]). Doch ist der Ansicht von M. E. Mayer zuzustimmen, der vom künftigen Gesetz eine Regelung im weiteren Sinne verlangt.

Zu den strafbegründenden Umständen gehört des weiteren das Geschlecht. Das Verbrechen der Abtreibung (§ 218 Absatz 1) und Übertretung des § 361 Ziff. 6 ist nur durch Frauenspersonen möglich, während die Vergehen der Päderastie (§ 175), der Verführung (§ 182) und der Zuhälterei, nach § 181 a (lex Heinze), nur von Männern begangen werden können; ebenso die Notzucht (§ 177) und der Missbrauch einer Frauensperson (§ 176 Absatz 1) sowie besonders einer Willen- oder Bewusstlosen (§ 176, II) zum ausserehelichen Beischlaf. Da die Fassung des § 177 (Notzucht) Identität der nötigenden und

---

[92]) Die Ueberschrift zu Teil 2, Titel 3, die lautet: „Strafbestimmungen für Personen, welche den Militärgesetzen nur in Kriegszeiten unterworfen sind“, bringt deutlich damit zum Ausdruck, dass Zivilisten also in Friedenszeit dem MStGB. nicht unterworfen sind.

[93]) RGE. Bd. 15, S. 386, 402; Bd. 27, S. 160.

[94]) Gl. M. M. E. Mayer, S. 413; Frank, S. 103; Koppmann a. a. O.; Sonnanini a. a. O.

der den Beischlaf vollziehenden Person nicht fordert, kann eine Frau ebensowohl Mittäter wie auch mittelbarer Täter sein[95]).

Konstitutiv wirkt ferner das Verwandtschaftsverhältnis bei dem Delikt der Blutschande (§ 173, I und II), das Verhältnis des Ehemanns zur Ehefrau sowie das der Eltern zu den Kindern im Falle der schweren Kuppelei (§ 181, II)[96]), das Gattenverhältnis bei Bigamie (§ 171) und Ehebruch (§ 172).

Die Gewerbs- und Gewohnheitsmässigkeit kann auch strafbegründender Natur sein. So ist die Gewerbsmässigkeit beim Glücksspiel (§ 285)[97]) und bei der Übertretung des § 361 Ziffer 6, die Gewohnheitsmässigkeit bei der Münzverringerung (§ 150) und der Kuppelei (§ 180) strafkonstutiv. Beide Umstände sind strafbegründend im Falle des Sachwuchers (§ 302 e)[98]).

Zu erwähnen ist noch die Geschäftsmässigkeit. Sie erfordert gleich der Gewerbsmässigkeit eine auf wiederholte Begehung gerichtete Absicht, nicht aber den Willen, die Ausführung des Delikts zur Verdienstmöglichkeit zu machen. Das Reichsstrafgesetzbuch verwendet das geschäftsmässige Begehen als strafbegründenden Umstand bei der Verleitung zur Auswanderung (§ 144).

Die Staatsangehörigkeit hat konstitutiven Charakter im Falle des § 88 RStrGB.[99]). Nur ein Deutscher kann wegen militärischen Landesverrats bestraft werden, wogegen die Eigenschaft als Ausländer erforderlich ist, um den Tatbestand des § 296 a (unbefugte Küstenfischerei) zu erfüllen.

Strafausschliessende Umstände im weiteren Sinne. β)

Im Rahmen der strafentscheidenden Umstände sind weiterhin die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, die die Strafe ausschliessen, zu betrachten. Unter diesem Sammelbegriff, der sich auf die Überschrift zum vierten Abschnitt des Allgemeinen Teils des Reichsstrafgesetzbuches stützt, fallen eine Anzahl besonderer Umstände, die, im einzelnen untereinander verschieden, den Wegfall der Strafe als gemeinsames Merkmal aufweisen. Wir haben zu unterscheiden zwischen:

Unrechtsausschliessungsgründen,
Schuldausschliessungsgründen,
Strafausschliessungsgründen i. e. S.,
Strafaufhebungsgründen.

---

[95]) Vgl. Hälschner, I, S. 438; Frank, § 177, I, 1; Gerland, S. 147; Finger, S. 338; v. Liszt, § 105; M. E. Mayer, S. 377; Wachenfeld Strafrecht, S. 458. — a. M. Binding a. a. O.; Schwartz, S. 135.

[96]) RGE. Bd. 22, S. 51.

[97]) RGE. Bd. 59, S. 140.

[98]) Wenn der § 302 e anfangs auf § 302 d zurückverweist, so betrifft dies nur die gleiche Strafandrohung. Er enthält die Fälle des Sachwuchers, der jedoch im Gegensatz zum Kreditwucher bei § 302 a nur bei Gewerbs- und Gewohnheitsmässigkeit strafbar ist. Vgl. Olshausen § 302 e, Nr. 4; Berner, S. 625; RGE. Bd. 36, S. 148.

[99]) Das ergibt sich namentlich aus dem Wortlaut des § 91 RStrGB.

Unrechtsausschliessungsgründe nehmen der Tat das Moment der Rechtswidrigkeit, so dass kein Unrecht geschieht, sondern die Handlung zu den erlaubten gerechnet wird (z. B. Notwehr, § 53 RStrGB.).

Schuldausschliessungsgründe sind besondere Tatumstände, die die Zurechnung der Schuld ausschliessen, ohne damit der Handlung den rechtswidrigen Charakter zu nehmen (z. B. Unzurechnungsfähigkeit: § 51).

Persönliche, echte oder individuelle Strafausschliessungsgründe verhindern „unbeschadet des Deliktscharakters der Handlung die Entstehung des staatlichen Strafrechts gegenüber dem Täter oder einem Teilnehmer“ (z. B. Aszendentendiebstahl: § 247)[100]).

Strafaufhebungsgründe beseitigen den entstandenen staatlichen Strafanspruch wieder (z. B. Verjährung).

Die geringste Schwierigkeit bietet die Beantwortung der Frage, welche Wirkung einer der soeben aufgezählten Umstände ausübt, wenn er in der Person eines Teilnehmers oder Mittäters vorliegt. Es ist nach den im Reichsstrafgesetzbuch herrschenden Grundsätzen über die Teilnahme selbstverständlich, dass dadurch die Strafbarkeit aller übrigen am Delikt Beteiligten unberührt bleibt. Mag das betreffende Moment nun unrechtsausschliessenden oder schuldausschliessenden Charakters sein, mag es die Strafbarkeit aufheben, es bleibt nur in der Person des Teilnehmers oder Mittäters wirksam, bei dem es vorliegt.

Verschiedenheiten weisen die vier aufgeführten Gruppen auf, sofern der besondere, die Strafe ausschliessende Umstand, allein in der Person des Täters gegeben ist. Die Einwirkung auf die Strafbarkeit der Teilnehmer regelt sich hier in zweierlei Richtungen: Gemeinsam für die Unrechts- und Schuldausschliessungsgründe einerseits, für die Strafaufhebungs- und individuellen Strafausschliessungsgründe andererseits.

Der in der Person des Täters vorliegende Unrechtsausschliessungsgrund nimmt seiner nach aussen hin scheinbar strafbaren Handlung den rechtswidrigen Charakter. So wird z. B. eine an und für sich mit Strafe bedrohte Handlung, wenn sie in Notwehr begangen ist, zur rechtlich erlaubten. Ist in der Person des Täters ein Schuldausschliessungsgrund vorhanden, so liegt eine strafbare Handlung nicht vor, da seine rechtswidrige Tat der Schuld entbehrt, z. B. kann der Unzurechnungsfähige für sein Tun nicht zur Verantwortung gezogen werden. Beim Vorhandensein von Unrechts- und Schuldausschliessungsgründen entfällt mithin jedesmal ein wesentliches Tatbestandsmerkmal, bei den einen die Rechtswidrigkeit, bei den anderen die Schuld. Da sich aber das Verbrechen als tatbestandmässiges, rechtswidriges, schuldhaftes Verhalten definiert, so kommt es beim Fehlen auch nur eines dieser Momente in der Person des Täters nicht zustande. Eine strafbare Handlung liegt somit nicht vor. Die Konsequenz für die akzessorische Anstiftung und Beihilfe liegt auf der

---

[100]) Vgl. Frank, S. 136.

Hand. Der Tatbestand des § 48 setzt für die Bestrafung des Anstifters eine begangene „strafbare Handlung" voraus. Das gleiche verlangt der § 49 für den Gehilfen mit der Einschränkung, dass die Strafdrohung nur auf Verbrechen oder Vergehen Bezug nimmt. Mithin kann von strafbarer Teilnahme nur da gesprochen werden, wo der Deliktscharakter der Täterhandlung erhalten bleibt. Er folgt, dass alle die Momente, die die Hauptat des kriminellen Charakters entkleiden, auch die Strafbarkeit der Teilnahme in jeder Form ausschliessen. Liegen also besondere Umstände der eben besprochenen Art beim Täter vor, so ist ein von ihm verwirklichter Deliktsbestand tatsächlich nicht gegeben. Folglich kann in einem derartigen Falle von einer strafbaren Teilnahme anderer, in deren Person der gleiche Umstand nicht vorliegt, auch nicht die Rede sein, d. h. in der Person des Täters vorhandene Unrechts- oder Schuldausschliessungsgründe wirken auf den Teilnehmer zurück[101]). Die Möglichkeit, den Anstifter mit Hilfe der Fiktion der mittelbaren Täterschaft zur Verantwortung zu ziehen, bleibt daher unberührt[102]).

Auf der anderen Seite sind die persönlichen Strafausschliessungsgründe und die Strafaufhebungsgründe zu nennen. Im Gegensatz zu den eben aufgeführten Deliktsausschliessungsgründen wird durch ihr Vorhandensein der Tatbestand des Verbrechens als solchen nicht berührt. Sie schliessen lediglich die Bestrafung aus. Die echten Strafausschliessungsgründe verneinen die Entstehung eines Strafanspruchs gegen den Täter aus Gründen, die in seiner Person liegen (z. B. Aszendentendiebstahl § 247, II). Die Strafaufhebungsgründe verhindern die Exekution des bereits entstandenen staatlichen Strafanspruchs gegen den Täter (Verjährung). Der von einem Aszendenten gegen einen Deszendenten verübte Diebstahl behält seinen kriminellen Charakter unbeschadet dessen, dass der Täter infolge seines Verwandtschaftsverhältnisses mit dem Bestohlenen nicht zur strafrechtlichen Verantwortung gezogen werden kann. Ebenso kann die Verjährung lediglich den Eintritt der Straffolgen gegen den Täter hindern, niemals auf den Tatbestand des Verbrechens selbst von Einfluss sein. Mit anderen Worten: es bleibt bei dem Vorliegen von besonderen Umständen der eben genannten Art der Deliktstatbestand unverändert fortbestehen, und nur die Person des Handelnden wird der Strafe entzogen. Die akzessorische Natur der Teilnahme verlangt zwar zur Strafbarkeit das Vorhandensein einer strafbaren Täterhandlung, nicht aber ausdrücklich die Bestrafung des Delinquenten. Wenn also ein Teilnehmer den Täter, in dessen Person derartige Umstände vorliegen, zur Begehung des Delikts angestiftet oder sonst dabei unterstützt hat, so sind alle Voraussetzungen für seine Strafbarkeit gegeben ohne Rücksicht darauf, ob der Täter selbst strafbar ist oder bestraft wird. In gleicher Weise sind in der Person eines Teilnehmers vorhandene in-

[101]) Vgl. Frank, S. 137; Birkmeyer V. d. D. Str. A. T. II, S. 158, RGE. Bd. 11, S. 56; Bd. 21, S. 14; Bd. 31, S. 395, und Bd. 40, S. 21.

[102]) Vgl. S. 7 f. dieser Arbeit.

dividuelle Strafausschliessungs- und Strafaufhebungsgründe auch nur für seine Person wirksam. Zusammenfassend können wir sagen, dass in der Person des Täters, Mittäters oder Teilnehmers (Anstifters, Gehilfen) vorliegende persönliche Strafausschliessungs- und Strafaufhebungsgründe nur dem zugute kommen, bei dem sie vorliegen[103]). Auf die beiden genannten Gruppen finden also die Bestimmungen des § 50 RStrGB. materiell Anwendung, obwohl das Gesetz selbst hierüber schweigt.

D. Kritik an der Fassung des § 50 RStrGB.

Die Fassung des § 50 RStrGB. ist wenig glücklich. Rein gesetzestechnisch trüge zunächst die Einfügung des Wortes „nur" in den folgenden Passus:

„. . . so sind diese besonderen Tatumstände nur dem Täter etc. . . ."

zum klaren Verständnis bei. Es ist weiterhin inkorrekt, wenn das Gesetz zu den Teilnehmern auch den Mittäter rechnet. Dieser ist ebenfalls Täter, und die Grundsätze von der akzessorischen Natur der Teilnahme kommen hier nicht in Frage. In der Person des Täters müssen also alle Eigenschaften und Verhältnisse vorliegen, an die das Gesetz die Strafbarkeit und ihr Mass knüpft[104]). Schliesslich kann der Ausdruck „zurechnen" noch zu Missdeutungen Anlass geben; denn damit ist nicht wie sonst im Reichsstrafgesetzbuch die Zurechnung zur Schuld gemeint, sondern nur die Rücksicht auf diese Strafbarkeitsmerkmale gelegentlich der Strafzumessung[105]).

III. Teil. Der Standpunkt der Entwürfe.

A. Der Vorentwurf von 1909.

Im folgenden Abschnitt werden wir im Sinne der von uns zu behandelnden Frage auf die Versuche zur Schaffung eines neuen Strafgesetzbuches für das Deutsche Reich, die vor der Herausgabe des Amtlichen Entwurfs von 1925 liegen, eingehen. Dabei werden wir vornehmlich prüfen, ob der jeweils besprochene Entwurf in der Behandlung des Teilnahmeproblems einen Fortschritt gegenüber dem geltenden Recht darstellt. Wenn sich hierbei unsere eigene Stellungnahme, die wir eingangs näher dargelegt haben, widerspiegelt, so wird das dem Wesen unserer Arbeit nicht entgegenstehen. Der erste

---

[103]) Vgl. Frank, S. 126/27; Finger, S. 364.
[104]) Vgl. Leipziger Kommentar, S. 258; Schwartz, S. 154.
[105]) Vgl. Leipz. Komm., S. 259 f.; Schwartz, S. 154.

Versuch zur Reformierung des Reichsstrafgesetzbuches geht in das Jahr 1902 zurück. Im Jahre 1905 begannen die Vorarbeiten zu dem Entwurf; 1909 wurde er mit dem Titel „Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch" veröffentlicht, wonach er allgemein kurz als „Vorentwurf" (V. E.) im Gegensatz zu den folgenden bezeichnet wird. Dieser Entwurf war kein amtlicher, kein Regierungsentwurf, noch auch zur Vorlage an die gesetzgebenden Körperschaften bestimmt. Er sollte zunächst nur der Öffentlichkeit zur Beurteilung vorgelegt werden. Jedoch war er als Grundlage für spätere amtliche Arbeiten gedacht. Der VE. steht, wie aus seiner Einleitung und — namentlich bezüglich der Frage, die wir behandeln wollen — aus der Begründung eindeutig hervorgeht, auf dem Boden der klassischen Schule, wiewohl er sich bemüht, der modernen Richtung in der Strafrechtslehre und dem Empfinden der Gegenwart Rechnung zu tragen.

Was die Stellungnahme des Vorentwurfs zu dem Problem der Teilnahme am Verbrechen anlangt, so hat er im wesentlichen den Standpunkt des Reichsstrafgesetzbuches beibehalten, wenn das auch nicht gleich auf den ersten Blick ersichtlich ist. Die Teilnehmer werden hier nicht lediglich wegen eigener Tätigkeit und entsprechend dem antisozialen Charakter des Einzelnen bestraft, sondern jeder Teilnehmer ist für das Delikt, an dessen Ausführung er neben anderen mitgewirkt hat, verantwortlich. Auffallenderweise verzichtet der VE. auf den Begriff der Mittäterschaft und unterscheidet nur noch zwischen dem Täter einerseits, dem Anstifter und dem Gehilfen andererseits. Diese Neuerung ist wenig glücklich. Eine Bestimmung über Mittäterschaft ist unbedingt nötig, weil der Gesetzgeber sagen muss, wann und weshalb er trotz der Arbeitsteilung unter mehreren Tätern jeden so behandelt, als hätte einer alles getan. Gelegentlich der Besprechung des Amtlichen Entwurfs von 1925 werden wir ausführlicher hierauf zurückkommen, da dort die Dinge ähnlich liegen[106]).

Anstiftung (§ 78) und Beihilfe (§ 79) werden nicht wesentlich anders behandelt als im geltenden Recht; wir vermissen nur den Grundsatz, Anstifter und Gehilfen nach dem Erfolg ihrer, nicht nach dem der Handlung des Täters zu bestrafen. Der VE. sieht gleich dem geltenden Recht in der Anstiftung und Beihilfe keine der Täterschaft ebenbürtige Erscheinungsform des Verbrechens, hält also insbesondere an der Akzessorietät der Teilnahme fest. Diese Feststellung ist für die Frage der Regelung des Einflusses persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse geboten, weil sich damit die Wirkung der persönlichen Umstände, die das Gesetz nicht aufzählt, sowie der nichtpersönlichen Umstände von selbst versteht.

Der § 80 VE., der hier die Stelle des § 50 RStrGB. einnimmt, und der der ganzen Behandlung der Teilnahme seinen Stempel aufdrückt, lautet:

---

[106]) Vgl. S. 97 der Arbeit.

„Persönliche Eigenschaften und Verhältnisse, welche die Strafbarkeit erhöhen, vermindern oder ausschliessen, werden nur hinsichtlich desjenigen berücksichtigt, bei dem sie vorliegen".

Ein Vorzug gegenüber dem geltenden Recht weist diese Bestimmung nur in ihrer Disposition auf; sie bringt hier eine begrüssenswerte Vereinfachung. Jedoch täuscht man sich, wenn man glaubt, der § 80 habe sich durch Einfügung der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, „die die Strafbarkeit ausschliessen", von der beschränkten Auffassung des geltenden Rechts (§ 50) freigemacht. Die Begründung zu § 80 belehrt sofort eines Besseren, wenn sie sagt (S. 312), dass durch Aufnahme der Gründe,

„die die Strafbarkeit ausschliessen, wie z. B. die Aszendenteneigenschaft beim Diebstahl nichts Neues eingeführt werde, denn diese Konsequenz sei schon bisher von der Rechtsprechung als eine selbstverständliche gezogen worden".

Formell ist das Anwendungsgebiet dieser Vorschrift erweitert, materiell ist alles beim Alten geblieben; auch ohne besondere Bestimmungen im Reichsstrafgesetzbuch gelten derartige Umstände, die den Tatbestand und den rechtlichen Charakter der Tat in keiner Weise berühren (z. B. Exterritorialität), wie in Wissenschaft und Praxis unbestritten ist, nur zu Gunsten dessen, bei dem sie vorliegen. Einer besonderen Erwähnung im Gesetz hat es dazu nicht bedurft. Der Vorentwurf widerspricht sich hier; denn nach der vorausgehenden Begründung (Seite 224 und Seite 310 f.) könnte es scheinen, als ob die Vorschrift des § 80 erweitert worden sei. Dort steht nämlich, dass „der Entwurf den Begriff der Schuldausschliessungsgründe aufgibt und nur noch den der Strafausschliessungsgründe kennt". Demnach müssten dem § 80 auch die Schuldausschliessungsgründe persönlicher Natur zugerechnet werden. Damit wäre dann Teilnahme an der Tat eines Unzurechnungsfähigen möglich. Tatsächlich hat aber die von der Begründung vorgesehene Beseitigung der Schuldausschliessungsgründe im Entwurf selbst keine Rücksicht gefunden, so dass es u. E. richtiger ist, gemäss der Begründung zu § 80 anzunehmen, dass in dieser Hinicht am geltenden Recht nichts geändert werden sollte[107]) [108]).

---

[107]) Vgl. Birkmeyer, Kritiken des Vorentwurfs, 1. Beitrag, S. 73, Note 17.

[108]) A. M. ist hier M. E. Mayer, Aschrott-v. Liszt, Reform des RStrGB. 1910, Bd. 1, S. 355 ff. Nachdem der Autor seiner Befriedigung über die nunmehrige Aufnahme der strafausschliessenden Umstände (wozu er vornehmlich die schuldausschliessenden rechnet) Ausdruck gegeben hat, sagt er, wenn die Begründung zum VE. leugne, dass hierunter auch schuldausschliessende Umstände fallen, schreibe sie dem Entwurf einen Fehler zu, von dem er frei sei. Bezöge sich, so fährt er fort, diese Vorschrift nicht auch auf die Schuldausschliessungsgründe, so ist nicht einzusehen, warum Birkmeyers Anregung (V. D. d. D. Str. A. T., II, S. 158) den Paragraphen zu streichen, nicht be-

Zu erwähnen ist noch, dass die Grenzen des § 80 mittelbar wesentlich enger gezogen sind. Eine ganze Anzahl strafändernder Umstände persönlicher Natur, die sich im Besonderen Teil des Reichsstrafgesetzbuches vorfanden, sind im VE. gestrichen[109]). Alles in allem leidet der VE. an einer Anzahl beträchtlicher Mängel. Bezeichnend dafür ist, dass zwei Strafrechtslehrer, die über die Frage der Teilnahme so verschieden urteilen, wie Birkmeyer und Binding, die Regelung der Teilnahme im VE. ablehnen, Birkmeyer „als eine bruchstückweise, zusammenhanglose und unbefriedigende", Binding „als eine Abkürzung und Verballhornung der §§ 47—50". Zweifellos ist diesem Entwurf im Vergleich zu den folgenden, die Kodifikation der Teilnahme, am wenigsten gelungen.

Der Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches von 1911. B.

Der Vorentwurf von 1909 fand nur wenig Gefallen, dafür um so schärfere Kritik. Im Jahre 1911 unternahmen es daher vier der bedeutendsten Kriminalisten, die Professoren Kahl, v. Lilienthal, v. Liszt und Goldschmidt, mit einem „Gegenentwurf zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches" an die Öffentlichkeit zu treten. Der Vorlage ist eine ausführliche Begründung beigegeben.

Mit seinem Vorgänger und dem geltenden Recht verglichen, bedeutet der Gegenentwurf (GE.), was die Lösung des Problems der Teilnahme anlangt, einen Fortschritt[110]). Die Akzessorietät der Teilnahmehandlungen wird um ein Weniges beschränkt, und das Bestreben nach Vereinfachung und Verbesserung ist deutlich zu erkennen. Auf der anderen Seite ist es nicht ohne Einfluss auf die Gestaltung des GE. geblieben, dass er von vier Strafrechtslehrern, also Theoretikern, mit mehr oder weniger auseinander gehenden Anschauungen verfasst wurde. Vielen Fragen, und die Regelung der Teilnahme zeigt das namentlich in ihrer Begründung deutlich, konnte infolgedessen nur eine Kompromisslösung beschieden sein, zweifellos nicht zum Vorteil des neu zu schaffenden Gesetzes. Indessen soll der Wert des GE. in

---

folgt wurde; denn die Antwort, die die Begründung hierauf gegeben hat, ist „eine neue Ueberraschung": „Die von beachtenswerter wissenschaftlicher Seite angeregte Streichung des § 50 als eines überflüssigen und zu Missverständnissen Anlass gebenden ist nicht vorgenommen, weil, selbst wenn die Ueberflüssigkeit zugegeben sein sollte, der Paragraph dem Laien, für den das Strafrecht möglichst verständlich sein muss, das Verständnis erleichtert." Dass einem so komplizierten begrifflichen Gebilde Volkstümlichkeit beschieden sein soll, ist schlechterdings kaum einzusehen. Trotzdem glauben wir bei aller Würdigkeit des Standpunktes M. E. Mayers, dass für die Auslegung des Gesetzes der Wortlaut der Begründung massgebend ist, mag er auch in sich unklar sein und zu Widersprüchen Anlass geben.

[109]) Der VE. hat die sogen. gemischten Amtsdelikte des geltenden Rechts aufgegeben, indem er alle diese Paragraphen gestrichen hat und an Stelle der qualifizierten Delikte einen speziell für die Beamten geltenden Strafschärfungsgrund im § 210 VE. aufnahm. (Vgl. Begr., S. 616—636.)

[110]) a. M. Kern, S. 132 (GS. Bd. 92, Heft 1/3).

keiner Weise bestritten werden, vielmehr verdienen seine Vorzüge jede Anerkennung. Der Gegenentwurf erscheint uns von sämtlichen Vorläufern des Amtlichen Entwurfs von 1925 der brauchbarste, mag er auch in vieler Hinsicht recht verbesserungsbedürftig gewesen sein. Neu ist am Gegenentwurf vor allen Dingen, dass er eine besondere Vorschrift für die Täterschaft bringt:

§ 31 Täterschaft.

„Als Täter wird auch derjenige bestraft, der bei der Ausführung der ihm zurechenbaren strafbaren Handlung mitwirkt oder ihre Ausführung durch einen anderen bewirkt oder pflichtwidrig zulässt".

Anstiftung und Beihilfe werden in den §§ 32 und 33 behandelt:

§ 32 Anstiftung.

„Wer einen andern zu dem von ihm begangenen Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich bestimmt hat, wird, soweit er wegen Fehlens eines gesetzlichen Merkmals nicht nach § 31 als Täter bestraft werden kann, als Anstifter gleich dem Täter bestraft.

Wer einen anderen zu einem Verbrechen zu bestimmen versucht, wird nach den Vorschriften über den Versuch (§§ 28—30) bestraft".

§ 33 Beihilfe.

„Jede nicht unter die §§ 31, 32 fallende vorsätzliche Beteiligung bei dem von einem anderen begangenen Verbrechen oder Vergehen wird als Beihilfe nach den Vorschriften über den Versuch bestraft (§ 28). § 30 findet Anwendung".

Die gesetzliche Formulierung des Begriffs der Täterschaft sowie der Gebrauch der beiden Worte „mitwirken" und „bewirken" könnten zunächst den Anschein erwecken, als wolle sich der GE. eng an das Norwegische Strafgesetzbuch anlehnen, oder als stände er zum mindesten stark unter seinem Einfluss. Die Begründung (S. 46) lehnt dies zwar ausdrücklich ab, jedoch will es uns scheinen, als ob die neue Vorlage von derlei Gedankengängen nicht ganz unberührt geblieben sei. Dies um so mehr, als ein Mann wie Franz v. Liszt hier an hervorragender Stelle mitgearbeitet hat, dessen Standpunkt gegenüber dem Problem der Teilnahme dem des Norwegischen Strafgesetzbuches von 1902 stark ähnelt[111]). Leider hat sich der GE. das Norwegische Gesetz nicht völlig zum Vorbild genommen, sondern ist auf halbem Wege stehen geblieben, statt in kühner Neuerung die alten Schablonen wegzuwerfen und die Lehre von der Gleichwertigkeit aller Bedingungen konsequent durchzuführen. So erweckt die Lösung unserer Frage, die Frucht eines Kompromisses, den Anschein der Unfertigkeit. In der Tat tritt dieser Mangel beim Lesen der Motive

[111]) Vgl. S. 16 f. dieser Arbeit.

klar zu Tage. Es ist keine Behauptung aufgestellt, die nicht im Folgenden stark abgeschwächt wäre, und die wenigsten Definitionen sind eindeutig. Die praktische Durchführung der Gesetze lässt sich nicht ausdenken.

Im Gegensatz zum geltenden Recht und dem VE. ist der Begriff der Täterschaft ungleich weiter gefasst. Der § 31 GE. enthält sowohl die Strafbestimmungen gegen den mittelbaren Täter und Mittäter als auch, was im besonderen aus den §§ 32 und 33 hervorgeht, solche gegen den Anstifter und Gehilfen; gegen die letzteren allerdings nicht in vollem Masse. Er definiert den unmittelbaren Täter als einen, „der die Ausführung der ihm zurechenbar strafbaren Handlung durch einen anderen bewirkt". Damit sagt er nach der Begründung (S. 48, 49) dreierlei: Im Gegensatz zu § 32 (Anstiftung) heisst es hier „bewirkt", nicht „bestimmt"; damit ist die mittelbare Täterschaft als „die Verursachung eines eigenen Verbrechens" gekennzeichnet. Weiter spricht der Täterschaftsparagraph von Bewirkung der „Ausführung" durch den mittelbaren Täter; denn begangen hat er die Tat selbst. Zum Dritten erfordert der § 31 kein vorsätzliches Handeln; die dem mittelbaren Täter „zurechenbar" strafbare Handlung kann auch eine fahrlässige sein.

Die Motive zu § 32 (Anstiftung) bekunden deutlich (S. 47), dass der GE. den Begriff des Anstifters auf eine subsidiäre Stellung beschränkt. „Er soll nur da eingreifen, wo der durch Vermittlung eines anderen Handelnden, weil in seiner Person ein gesetzliches Merkmal fehlt, eben wirklich nicht als Täter bestraft werden kann. Dagegen soll es hinfort gleichgültig sein, ob jemand die ihm im übrigen zurechenbare strafbare Handlung selbst ausführt, oder ihre Ausführung durch einen anderen bewirkt (§ 31 GE.). Der GE. bricht also mit dem Dogma, dass die freie vorsätzliche Handlung eines Zurechnungsfähigen den Kausalzusammenhang unterbricht. Wer einen Bravo zum Morde dingt, soll selbst Mörder sein". An anderer Stelle (S. 52) wiederholt die Begründung, „für den GE. soll die gesonderte Behandlung der Teilnahme nicht eine Folge des Satzes sein, dass die freie vorsätzliche Handlung eines Zurechnungsfähigen den Kausalzusammenhang unterbrechen", und stellt weiter fest: „sondern für den GE. folgt die gesonderte Behandlung der Anstiftung aus der Unmöglichkeit in gewissen Fällen mittelbare Täterschaft anzunehmen . . .". Über das Wesen des zur Annahme mittelbarer Täterschaft erforderlichen „gesetzlichen Merkmals", bei dessen Fehlen nur Anstiftung vorliegt, hüllt sich die Begründung in Schweigen. Dabei ist, wie aus der obigen Definition der mittelbaren Täterschaft und dem Gesetzestext klar hervorgeht, der Begriff der mittelbaren Täterschaft des GE. von dem des geltenden Rechts durchaus verschieden. In unserer heutigen Praxis kann sich der mittelbare Täter im wesentlichen zur Ausführung der Straftat nur eines Schuldunfähigen oder eines ohne Vorsatz Handelnden bedienen. Die Motive versagen vollständig und überlassen anscheinend der Praxis die Lösung der Frage.

Die gelegentlich der Definition des Begriffs der mittelbaren Täterschaft versuchte Abgrenzung gegenüber der Anstiftung ist misslungen. Wenn das Gesetz in § 31 sagt: „Als Täter wird bestraft . . ., der die Ausführung der ihm zurechenbar strafbaren Handlung bewirkt . . .", so fällt unter diese Bestimmung jeder Anstifter. Wenn mithin die Motive einen Gegensatz zwischen „bewirken" und „bestimmen" statuieren, so liegt hierin ein Widerspruch. Denn die Motive beziehen den § 31 ausdrücklich auch auf die Anstiftung. Auf diese Weise kann der vom GE. gewollte Unterschied zwischen mittelbarer Täterschaft und Anstiftung nicht eruiert werden. Betrachtet man die Sache jedoch im Sinne der vom GE. nachdrücklich abgelehnten subjektiven Theorie (S. 51), so leuchtet die von den Motiven gewünschte Abgrenzung zwischen mittelbarer Täterschaft und Anstiftung ohne weiteres ein, denn hiernach verursacht der mittelbare Täter ein eigenes Verbrechen (animus auctoris); der Anstifter führt lediglich einen fremden verbrecherischen Entschluss herbei (animus socii; S. 49). Damit widerspricht sich die Begründung in höchstem Masse. Entweder ist es falsch, wenn der subjektive Standpunkt verleugnet wird, oder aber die von den Motiven aufgestellte Unterscheidung zwischen mittelbarer Täterschaft und Anstiftung ist unmöglich. Nach der Begründung (S. 49) äussert sich die mittelbare Täterschaft ferner noch im Bewirken der Ausführung, „nicht der Begehung; jene, nicht diese, lässt der mittelbare Täter durch einen andern vornehmen". Zunächst ist wohl kaum zu leugnen, dass auch der Anstifter die Ausführung einer Straftat bewirkt. Dass ebenso wie für die mittelbare Täterschaft auch für Anstiftung keine vorsätzliche Begehung des Verbrechens erforderlich ist, sondern dass sie nach GE. auch bei fahrlässigen Delikten für zulässig erachtet wird, sei in diesem Zusammenhang nur kurz bemerkt.

Im Vorstehenden glauben wir dargelegt zu haben, dass die vom GE. konstruierte Unterscheidung zwischen mittelbarer Täterschaft und Anstiftung tatsächlich nicht besteht, es sei denn, dass sich der GE. zum Subjektivismus bekennt. Der § 32 I könnte demnach als überflüssig wegfallen. In aller Kürze wäre noch darauf hinzuweisen, dass der GE. nur Anstiftung zum Verbrechen oder Vergehen mit Strafe bedroht. Das erklärt sich daraus, dass hier alle schwereren Übertretungen des geltenden Rechts und des VE. in Vergehen verwandelt sind[112]). Der § 32, II stellt auch die versuchte Anstiftung zu einem Verbrechen unter Strafe. Darin zeigt sich der Aufstieg von der strafbaren Aufforderung des Duchesne-Paragraphen (§ 49 a RStrGB.) zur strafbaren versuchten Anstiftung. Das „kasuistische Gelegenheitsgesetz" ist hier zu einem allgemeinen Rechtsgedanken ausgebaut worden (Begr. S. 53).

Mittelbare Täterschaft liegt auch vor, wenn jemand die Ausführung der ihm zurechenbar strafbaren Handlung „pflichtwidrig

---

[112]) Vgl. Vorwort zum GE., S. IV.

zulässt". Mit dieser Erweiterung koordiniert der § 31 ganz allgemein die Verursachung einer strafbaren Handlung der pflichtwidrigen Zulassung.

Bei weitem besser wie die Stellung der Anstiftung zur mittelbaren Täterschaft ist das Verhältnis zwischen Beihilfe und Mittäterschaft geregelt. In der Begründung zu § 31 (S. 50) wird gesagt, dass der GE. sich zur Aufnahme einer Bestimmung über die Mittäterschaft entschlossen haben, einesteils um den unentbehrlichen Begriff sicher zu stellen, andernteils zwecks Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe. Ausdrücklich wird erklärt, und aus dem Wortlaut des Gesetzes geht klar hervor, dass die Mittäterschaft nicht in dem akzessorischen Teilnahmebegriff enthalten ist. Sowohl die objektive wie die subjektive Theorie über die Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe wird abgelehnt und der Standpunkt der sogenannten vermittelnden Theorie eingenommen[113]). Es soll danach die Beihilfe bei der Ausführung gleich der Mittäterschaft bestraft werden, während die mildere Bestrafung auf die Beihilfe zur Vorbereitung zu beschränken ist. Im übrigen ist die Definition der Beihilfe im Gesetz ziemlich weit gefasst, sie bezieht sich auf „jede nicht unter die §§ 31 und 32 fallende vorsätzliche Beteiligung".

In der Behandlung des Einflusses der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse bringt der § 34 GE. gegenüber dem VE. und dem geltenden Recht eine wesentliche Verbesserung. Die fragliche Bestimmung lautet:

§ 34. Einwirkung persönlicher Eigenschaften usw.

„Persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse, welche die Strafbarkeit erhöhen, vermindern oder ausschliessen, werden nur hinsichtlich desjenigen berücksichtigt, bei dem sie vorliegen. Die Bestrafung des Teilnehmers (Anstifter, Gehilfe) erfolgt ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit der Person des Täters".

Mit dieser Gesetzesvorschrift befreit sich der GE. von der starren (extrem-) akzessorischen Form der Teilnahmehandlungen. Mit M. E. Mayer[114]) können wir hier von der Annahme der limitiert-akzessorischen Gestaltung der Teilnahme reden. Der GE. bringt im letzten Passus des § 34 den Grundsatz richtig zur Geltung. Danach bleibt jeder Teilnehmer nicht nur dann strafbar, wenn in der Person des Täters ein Strafaufhebungsgrund oder persönlicher Strafausschliessungsgrund vorliegt, sondern — und das ist das Neue —, auch wenn bei dem Täter die Schuld infolge Unzurechnungsfähigkeit fehlt. Der grosse Fortschritt dieser Bestimmung erhellt zur Genüge aus dem am geltenden Recht Bemängelten. Freilich gedenkt der GE. noch mit keiner Silbe der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, die die

---

[113]) Vgl. Birkmeyer, V. D. d. Str. A. T., II, S. 150 ff.

[114]) Vgl. M. E. Mayer, Aschrott-v. Liszt, Reform I, S. 356; und die Begründung zum GE., S. 47 und 54.

Strafbarkeit begründen. Damit bleibt diese Frage auch hier immer noch unbeantwortet, und dem Streit der Meinungen über die Möglichkeit der Teilnahme am Sonderdelikt ist wieder neue Nahrung gegeben.

C. Entwurf der Strafrechtskommission 1913 und Entwurf von 1919.

Die beiden folgenden Entwürfe, der „Entwurf der Strafrechtskommission von 1913“ und der „Entwurf von 1919“[115]) stimmen nicht nur in ihrer gesamten Stellungnahme zu dem Problem der Teilnahme, sondern auch fast derart wörtlich überein, dass uns eine einheitliche Behandlung geboten erscheint. Beide Entwürfe sind keine Regierungsvorlagen, wenn auch die Arbeiten hierzu von Staats wegen gefördert wurden. E. 19 wurde zusammen mit KE. und einer im Reichsjustizministerium ausgearbeiteten Denkschrift im Frühjahr 1921 veröffentlicht. Beide Entwürfe lassen der Teilnahme eine sehr eingehende Behandlung angedeihen. Weiterhin bringen sie bezüglich der Wahrung der Akzessorietät gegenüber dem geltenden Recht und dem VE. eine einschneidende Änderung: Gleich dem GE. lassen KE. und E. 19 das strenge Abhängigkeitsverhältnis der Teilnahmehandlungen von der Täterhandlung fallen. Leider hat man sich hierfür nicht die einfache und doch so vielsagende Vorschrift des § 31 GE. zum Vorbild genommen, sondern sucht das Ziel mit einem wesentlich grösseren Aufwand an Worten und Paragraphen zu erreichen. Wir möchten es dahingestellt sein lassen, ob die Breite der hier zu behandelnden Gesetzestexte ihre stärkste Seite ist; zweifellos haben die Vorschriften dadurch an Eindeutigkeit und Klarheit eingebüsst. Trotz dieser und anderer Schwächen bringen KE. und E. 19, verglichen mit dem geltenden Recht und dem VE., eine Wendung zum Besseren. Das Verhältnis zum GE. haben wir schon gestreift, der Vorzug der beiden Entwürfe diesem gegenüber beruht in der Aufnahme der „strafkonstitutiven besonderen Umstände“ in den Rahmen der §§ 37 KE. bezw. 30 E. 19 (§ 50 RStrGB., § 34 GE.).

Auf die glückliche Preisgabe der extrem-akzessorischen Form der Teilnahme (Denkschrift S. 42) durch die beiden Entwürfe ist eingangs schon hingewiesen worden. Auch hier ist die limitiert akzessorische Fassung zu Grunde gelegt. Neu ist weiterhin, dass die ganze Materie vom subjektiven Standpunkt aus geregelt wird. Die Kodifikation steht im wesentlichen unter dem Einfluss der subjektiven Theorie des Reichsgerichts. Es ist nicht unsere Aufgabe, auf das Für und Wider einzugehen, jedoch erscheint uns die Durchführung der genannten Theorie praktisch nicht gut möglich. Nach der Begründung (S. 44) ist die subjektive Theorie in § 27 E. 19 (§ 34 KE.) festgelegt, wonach Mittäter ist, „wer mit einem Täter den Vorsatz, gemeinsam eine Straftat zu begehen, gemeinsam verwirklicht“. Danach kommt es nur auf die innere Willensrichtung des Handelnden an,

---

[115]) Die gebräuchlichen Abkürzungen lauten: KE. = Kommissionsentwurf; E. 19 = Entwurf von 1919.

gleichgültig, ob er die Straftat nur vorbereiten hilft, oder ob er sie unterstützt, oder sich an der Ausführung selbst beteiligt. Die daraus für die Beweisführung sich ergebenden Schwierigkeiten müssen dazu führen, den Beweis für die innere Willensrichtung letzten Endes auf objektive Kriterien abzustellen, womit der Boden des Subjektivismus verlassen wird[116]). In dem strengen Festhalten an dieser Theorie ist die grösste Schwäche der vorliegenden Entwürfe zu sehen, die Praxis wird sich an die objektive Theorie halten müssen.

Aus der subjektivistischen Einstellung erklärt sich auch die sonderbare Fassung der Begriffe der Anstiftung und der mittelbaren Täterschaft[117]). Mittelbare Täterschaft soll vorliegen, wenn der andere die Tat nicht vorsätzlich begeht oder unzurechnungsfähig ist. Sie liegt aber auch dann vor, wenn der unmittelbare Täter zurechnungsfähig ist und mit Vorsatz gehandelt hat, womit gleichzeitig der Tatbestand der Anstiftung erfüllt ist, die auch ihrerseits wieder beim Vorliegen des Gegenteils angenommen wird. Abgesehen davon, dass diese beiden Tatbestände vollkommen ineinander überfliessen — das Kriterium bildet für die Entwürfe lediglich die Meinung des Handelnden — schaffen sie gewissermassen neue Begehungsformn, „die Putativtäterschaft" und „die Putativanstiftung". Führte man die subjektive Theorie des Entwurfs bis zum Ende durch, so müsste man schliesslich zur Bestrafung des Putativdelikts kommen, „womit die Grundauffassung ad absurdum geführt sein dürfte"[118]). Sind diese schwülstige Kodifikation und die Spitzfindigkeiten in der Unterscheidung nötig, damit der mittelbare Täter gemäss §§ 33, III KE., 26, III E. 19 als Täter, der Anstifter dagegen nach §§ 35, II KE., 28, II E. 19 nur gleich einem Täter gestraft werden soll?

Um nicht über unsere Aufgabe hinauszugehen, dürfen wir nur ganz kurz die Tatsache streifen, dass nach den beiden Entwürfen (§§ 33, II KE., 26, II E. 19) lediglich die vorsätzliche mittelbare Täterschaft unter Strafe gestellt ist. Es ergibt sich daraus immerhin die sonderbare Lösung, dass nur der fahrlässige Selbsttäter bestraft werden kann, nicht dagegen, wer infolge Fahrlässigkeit einen Schuld-

---

[116]) Gl. M. Gerland (Krit. Bem. zu E. 19). Ebenso Metzger (Z. 1921, Heft 7, 8), er lehnt die subjektive Theorie ab, hält aber die Begründung der Denkschrift (S. 44) nicht für stichhaltig, da den Vorsatz, „gemeinsam eine Straftat zu begehen", auch der Gehilfe habe.

[117]) Die fraglichen Bestimmungen lauten: E. 19, § 26: „Täter ist, wer eine Straftat selbst begeht. Mittelbarer Täter ist, wer vorsätzlich veranlasst, dass eine Straftat durch einen andern zur Ausführung gelangt, der diese Tat selbst nicht vorsätzlich begeht oder selbst nicht zurechnungsfähig ist. Mittelbare Täterschaft liegt auch dann vor, wenn sich nachträglich ergibt, dass der andere in Wahrheit die Straftat vorsätzlich begangen hat und zurechnungsfähig war.

Der mittelbare Täter wird als Täter bestraft."

E. 19, § 28: „Anstifter ist, wer vorsätzlich einen anderen zu der von diesem vorsätzlich begangenen Straftat bestimmt hat. Anstiftung liegt auch dann vor, wenn sich nachträglich ergibt, dass der Angestiftete in Wahrheit nicht vorsätzlich gehandelt hat oder nicht zurechnungsfähig war.

Der Anstifter wird gleich einem Täter bestraft."

[118]) Sehr richtig hierzu Gerland a. a. O.

losen oder Unzurechnungsfähigen zur Herbeiführung des Erfolges veranlasst hat. Leider haben beide Entwürfe die Kodifikation der versuchten Anstiftung aus dem GE. (§ 32, II) nicht mit übernommen.

Nach dem Gesagten erübrigt es sich, näher auf die Beihilfe einzugehen, die in den §§ 36 KE., 29 E. 19 behandelt ist. Auch die vorliegenden Entwürfe strafen den Gehilfen leichter als den Täter. KE. bleibt den früheren Regelungen treu und straft nach den Bestimmungen über den Versuch, während E. 19 — und das ist der einzige Unterschied zwischen beiden Entwürfen — den Gehilfen lediglich „milder als den Täter" bestraft. Mit Recht weist Gerland[119]) auf die zu leichte Bestrafung der vorsätzlichen Beihilfe zu fahrlässiger Tat hin (§§ 29 E. 19, 36, II KE)[120]). Den vorsätzlich handelnden Gehilfen trifft die Strafe, die auf die fahrlässige Haupttat gesetzt ist, ausser wenn diese bei fahrlässiger Begehung straffrei bliebe. Der immerhin verbessernde Abänderungsvorschlag Gerlands, wonach das Strafmass für den Gehilfen von dem abstrakten Täter herzuleiten, der Gehilfe also „milder zu bestrafen sei als ein Täter", ist durch den inzwischen erschienenen Amtlichen Entwurf von 1925 hinfällig geworden.

Am wesentlichsten für unsere Aufgabe ist die neue Regelung, die die §§ 37 KE. und 30 E. 19 bezüglich der strafkonstitutiven „besonderen Eigenschaften und Verhältnisse" bringen:

KE. § 37: Besondere Eigenschaften und Verhältnisse:

„Bestimmt das Gesetz, dass besondere Eigenschaften oder Verhältnisse die Strafbarkeit begründen, so sind der mittelbare Täter, Anstifter und Gehilfe auch dann strafbar, wenn diese Umstände in ihrer Person nicht vorliegen. Doch kann die Strafe des mittelbaren Täters und des Anstifters nach § 115 gemildert werden.

Bestimmt das Gesetz, dass besondere Eigenschaften oder Verhältnisse die Strafe schärfen, mildern oder ausschliessen, so gilt dies nur für den Täter oder Teilnehmer, bei dem sie vorliegen".

Nahezu wörtlich die gleiche Bestimmung enthält E. 19 mit dem kleinen Unterschied, dass analog dem § 29 (Beihilfe) hier die Strafe des mittelbaren Täters und des Anstifters gemildert werden kann. Mit der Kodifikation der besonderen Umstände, die die Strafbarkeit begründen, haben die vorliegenden Entwürfe eine ausserordentliche Verbesserung gegenüber all ihren Vorgängern gebracht und damit dem ewigen Streit über die Behandlung dieser Frage die Spitze abgebogen. Jedoch sei an dieser Stelle das Fehlen einer Vorschrift über die Teilnahme von Zivilisten an rein militärischen Delikten[121]) be-

---

[119]) Vgl. Gerland a. a. O., IV, II b.

[120]) Lenz (in Gleispach, Der deutsche Strafgesetzentwurf), der bei seiner Kritik an E. 19 viel zu rügen hat und namentlich die subjektivistische Einstellung ablehnt, verneint ebenfalls die mildere Bestrafung der Beihilfe. Im übrigen stimmen diese Ausführungen im einzelnen nicht mit ihm überein.

[121]) Obwohl gerade die Frage der Teilnahme an rein militärischen Delikten ausdrücklich in der Denkschrift (S. 46) erwähnt ist, ist sie für uns damit noch nicht geklärt. Das Gesetz muss ähnlich dem norwegischen eine eindeutige Bestimmung hierüber enthalten.

mängelt. §§ 37, I KE., 30, I E. 19 bestrafen den mittelbaren Täter übrigens auch dann, wenn die „besonderen Umstände“ zwar nicht bei ihm, wohl aber in der Person seines Mittelsmannes vorliegen. Damit erklären die beiden Entwürfe, dass einer ein Verbrechen als mittelbarer Täter zu begehen in der Lage ist, das er als Selbsttäter niemals begehen kann. Es ist jedoch in keiner Weise einzusehen, warum man als mittelbarer Täter strafwürdiger sein soll, denn als Selbsttäter. Dass die beiden Entwürfe für diesen Fall des Sonderverbrechens Milderung vorsehen, ist höchst inkonsequent. Unklar bleibt, warum der Gesetzgeber hier ohne jeden Grund für den mittelbaren Täter ein Pflichtverhältnis konstruiert hat, das er für den Alleintäter nicht kennt. Ferner tragen beide Entwürfe in keiner Weise der Möglichkeit Rechnung, dass diese besonderen Eigenschaften und Verhältnisse nicht beim Ausführenden, sondern nur beim Anstifter oder Gehilfen vorliegen.

Z. B.: Ein Arzt veranlasst seine Frau, die zufällig Kenntnis von einem Berufsgeheimnis erlangt hat, dieses auszuplaudern.

Der Lehrer X ist seinem Freunde Y, der Nichtlehrer ist, dabei behilflich, an der ihm anvertrauten 15jährigen Schülerin Z unzüchtige Handlungen vorzunehmen.

Schon im geltenden Recht sind diese Fälle nicht ausdrücklich geregelt. In der Praxis hilft man sich damit, dass man den Anstiftenden als mittelbaren Täter behandelt[122]); aber diese Konstruktion wird hinfällig im Falle der Beihilfe. Die vorliegenden Entwürfe haben diese Lücke im Gesetz nicht auszufüllen gewusst.

Einer Berichtigung bedarf die Denkschrift zu § 30 E. 19 noch in einem weiteren Punkt: Es heisst da u. a.:

„. . . Man streitet gegenwärtig, ob beispielsweise eine Frau zu einer Notzucht anstiften könne . . .“.

Es ist merkwürdig, dass man sich hier zur Veranschaulichung des Sonderverbrechens eines grundfalschen Beispiels bedient, an dessen Stelle man ohne Mühe ein einwandfreies hätte setzen können. Die Möglichkeit der Anstiftung zur Notzucht durch eine Frau ist unseres Wissens noch von keiner Seite geleugnet worden; die herrschende Lehre erkennt sogar die Befähigung der Frau zur Mittäterschaft und mittelbaren Täterschaft an.

Der zweite Absatz der §§ 37 KE., 30 E. 19 enthält die Bestimmungen des § 50 RStrGB. mit der schon von VE. und GE. angebahnten Erweiterung, dass auch die strafausschliessenden Umstände hierunter zu rechnen sind.

Neu hinzugekommen ist für beide Entwürfe noch eine Bestimmung, wonach bei der fahrlässigen Verwirklichung des Tatbestandes einer strafbaren Handlung durch das fahrlässige Zusammenwirken mehrerer jeder als Täter bestraft wird.

---

[122]) Vgl. RGE. Bd. 28, S. 109; Bd. 44, S. 69.

D. Vorschläge zum Entwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, ausgearbeitet von dem Strafrechtsausschuss der Münchener Juristischen Studiengesellschaft (1922).

Die Kritik an dem Entwurf von 1919 (all das folgende zu E. 19 Gesagte gilt in gleichem Masse für K. E.) gab dem Strafrechtsausschuss der Münchener Juristischen Studiengesellschaft Anlass zu einem Teil der neuformierten Gesetzesvorschriften Gegenvorschläge auszuarbeiten. Im Jahre 1922 wurden diese Vorschläge zum Entwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch (E. München) mit einer Begründung versehen, der Öffentlichkeit übergeben.

E. München bedeutet seinem Vorgänger gegenüber eine Verbesserung, wenigstens in der von ihm angeregten Kodifikation der Teilnahme. In der Hauptsache steht er allerdings auf dem gleichen Boden insofern, als er ebenfalls von der subjektiven Theorie ausgeht, ja diese, wie die Motive sagen, noch deutlicher hervorheben will. Inwieweit ihm dies gelungen ist, kann von uns, wollen wir nicht über die gestellte Aufgabe hinausgehen, nicht untersucht werden. Unsere Stellungnahme zu der subjektiven Behandlung der Teilnahmefrage überhaupt, ist im vorgehenden Abschnitt schon gekennzeichnet worden. Die augenfälligste Neuerung, die E. München bringt, ist die Zusammenfassung sämtlicher Bestimmungen über die Teilnahme in einen einzigen Paragraphen. Nach der Begründung soll dies eine grössere Übersichtlichkeit erzielen. U. E. wird die Deutlichkeit durch eine solche, alles umfassende Vorschrift, eher beeinträchtigt. Wenn man schon glaubt, ausdrückliche Bestimmungen über Anstiftung und Beihilfe in das Gesetz einführen zu müssen, so sind getrennte, in sich geschlossene Vorschriften hierüber unbedingt vorzuziehen. Allein aus der rein praktischen Erwägung heraus, dass man bei den zweifellos häufigen Verweisungen auf den betreffenden Paragraphen den besonderen Abschnitt, und er enthält deren sechs, anzuführen hat. Dies kann bei der nicht immer ganz einwandfreien Druck- und Schreibweise Unklarheiten erzeugen. Die anstelle der §§ 26 bis 29 E. 19 vorgeschlagene Fassung des E. München lautet:

„Täter ist, wer eine Straftat selbst begeht; mittelbarer Täter, wer vorsätzlich veranlasst, oder vorsätzlich ermöglicht, dass eine Straftat durch einen anderen zur Ausführung gelangt, von dem er annimmt, dass er nicht selbst vorsätzlich handele, oder dass er nicht zurechnungsfähig sei;

Alleintäter, wer eine strafbare Handlung allein begeht; Mittäter, wer mit einem anderen, den Vorsatz der gemeinsamen Begehung der Straftat gemeinsam verwirklicht.

Anstifter, wer vorsätzlich einen anderen zu der von diesem begangenen Straftat bestimmt und dabei angenommen hat, dass der andere vorsätzlich und im Zustand der Zurechnungsfähigkeit handeln werde.

Gehilfe, wer vorsätzlich einen anderen, bei dem er vorsätzliches Handeln und Zurechnungsfähigkeit vorausgesetzt hat, zur Bege-

hung eines Verbrechens oder Vergehens durch Rat oder Tat Hilfe geleistet hat.

Der Täter, mittelbare Täter, Mittäter und Anstifter werden gleich bestraft; die Strafe des Gehilfen ist gleich jener für den Versuch".

Mit den von E. München neugeprägten Begriffsbestimmungen für Anstifter, Gehilfen und mittelbaren Täter ist ihm im Sinne der subjektiven Theorie ein Wurf gelungen. Der innere Widerspruch, der in E. 19 sowohl der begrifflichen Konstruktion der Anstiftung, wie der mittelbaren Täterschaft anhaftet, ist damit beseitigt. Die neue Vorlage drückt mit den einfachen Worten „von dem er annimmt" (mittelbarer Täter) bezw. „und dabei angenommen hat" genau das Gleiche aus, was E. 19 nur mit merkwürdiger Unbeholfenheit zu sagen vermag. Wie die Motive zu E. München ganz richtig bemerken, besteht der Vorzug der neuen Fassung darin, dass „das Ergebnis ohne Gegensätzlichkeit zur Begriffskonstruktion im Gegenteil im Einklang mit ihr erzielt wird". In analoger Weise hat man die Vorschrift über die Beihilfe geändert, mit dem weiteren kleinen Unterschied E. 19 (hier nicht auch dem K. E.) gegenüber, dass man die Neuerung, den Teilnehmer lediglich „milder" zu bestrafen als den Täter, verworfen hat und ihn wieder mit der Strafe für den Versuch belegen will. E. München sieht aber bezüglich der Gehilfenschaft noch eine andere Änderung vor, die wir kurz streifen wollen. § 29 Satz 2 E. 19 bestimmt, dass es für die Bestrafung des Gehilfen gleichgültig ist, ob der andere das Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich begeht und ob er unzurechnungsfähig ist und der Gehilfe dies weiss. Die Kehrseite dieses Gesetzes ist also, dass der Gehlife, der weiss, dass der andere die Tat nicht vorsätzlich begeht oder dass er nicht zurechnungsfähig ist, im Sinne des § 29 E. 19 zu bestrafen ist. Nach E. München lässt sich das nicht mit der subjektiven Theorie vereinbaren, vielmehr muss hier „mittelbare Gehilfentäterschaft" angenommen werden. Vorgesehen hierfür ist in der Vorlage der Passus des Absatzes 1 leg. cit., wonach mittelbarer Täter auch ist, „wer vorsätzlich ermöglicht, dass eine Straftat durch einen anderen zur Ausführung gelangt". U. E. geht E. München damit zu weit, die Auffassung vom „animus auctoris" lässt sich so nicht durchführen. Eine Bestrafung nach § 29 E. 19 ist in dem angeführten Falle auch nach der subjektiven Theorie durchaus denkbar.

Das im Vorstehenden Geschilderte ist bezeichnend für die Spitzfindigkeit, deren sich die subjektive Theorie für die Gesetzesauslegung bedienen muss. Im übrigen bringt die Vorlage als neues im Absatz 2 noch eine besondere Begriffsbestimmung der Alleintäterschaft, die namentlich im Hinblick auf die im Absatz 1 Satz 1 enthaltenen Worte überflüssig ist. Recht annehmbar und einer schon mehrfach von uns dargelegten Forderung gemäss ist die an Stelle des § 30 Absatz 1 E. 19 empfohlene Fassung:

„Bestimmt das Gesetz, dass besondere Eigenschaften oder Verhältnisse die Strafbarkeit begründen und sind diese Eigenschaften oder Verhältnisse nicht bei allen an der Straftat Beteiligten gegeben, so sind alle nach diesem Gesetze strafbar, soweit sich nicht das Gegenteil ausdrücklich oder unzweideutig aus dem Gesetze ergibt. Die Strafe derer, bei denen die besonderen Eigenschaften oder Verhältnisse nicht vorliegen, kann jedoch gemildert werden".

In der Hauptsache gibt E. München damit das Gleiche wieder, geht aber nach einer Richtung weiter als E. 19: Jetzt ist auch eine Bestrafung möglich, wenn die besonderen Umstände n u r in der Person des Anstifters oder Gehilfen, nicht in der des Täters, vorliegen. Damit bringt die Vorlage eine sehr dankenswerte Neuerung. Im geltenden Recht sowie in den bereits besprochenen Entwürfen ging in einem derartigen Falle sowohl der des besonderen Umstands entbehrende Täter als auch — infolge der akzessorischen Natur seiner Beteiligung —, der Teilnehmer straffrei aus. Wir haben früher schon darauf hingewiesen, dass sich die Praxis wenigstens bei der Anstiftung durch Annahme der mittelbaren Täterschaft einigermassen zu helfen suchte[123]). Die Strafbarkeit des Gehilfen stellt sich jedoch als unmöglich heraus. Es bedeutet ein unbestreitbares Verdienst des vorliegenden Entwurfs mit seiner eindeutigen Bestimmung in dieser Frage, als Erster Klarheit geschafft zu haben; im Anschluss an ihn bringt auch der Amtliche Entwurf von 1925 diese Regelung. — Mit den Worten „soweit sich nicht . . ." wird das neue Gesetz berechtigterweise eingeschränkt. Damit ist gesagt, dass sich diese Vorschrift nicht auf die sogenannten eigenhändigen Delikte einschliesslich der Blutschande erstreckt, (das heisst z. B., es soll ausgeschlossen werden, dass jemand wegen Blutschande bestraft wird, der einen anderen zum Beischlaf mit seiner [des Anstiftenden] Schwester bestimmt hat). Die Begrenzung erwies sich nach den Motiven gegenüber der Fassung verschiedener Bestimmungen des E. 19 als notwendig.

Die von E. München vorgesehene Möglichkeit der Strafmilderung für solche, „bei denen die besonderen Eigenschaften oder Verhältnisse nicht vorliegen", entspricht auch unserer Auffassung, darf aber nicht verallgemeinert werden. Der in diesem Zusammenhang erfolgte Hinweis auf die Teilnahme von Zivilpersonen an Militärdelikten ist fehl am Ort. Doch haben wir diese Frage bei früheren Gelegenheiten schon so oft berührt, dass sich eine neuerliche Aufrollung wohl erübrigen dürfte.

E. Oesterreichischer Gegenentwurf zu dem allgemeinen Teil des ersten Buches des Deutschen Strafgesetzentwurfes von 1919.

Im Jahre 1922 wurde von österreichischer Seite eine Gegenvorlage Ö. E.) zu E. 19 veröffentlicht. Leider konnte ihr aus finanziellen Ursachen keine Begründung beigegeben werden. — Gelegentlich unserer Besprechung von K. E. und E. 19 haben wir bereits auf die

---

[123]) RGE. Bd. 28, S. 109; Bd. 44, S. 69.

höchst unglückliche Fassung beider Entwürfe aufmerksam gemacht und die Konsequenzen, die sich aus ihrer subjektiven Einstellung zur Teilnahmefrage ergeben, gerügt. Der österreichische Gesetzgeber hat diese Schwächen erkannt und geht nun in seinem Reformvorschlag von anderen Gesichtspunkten aus. In der Hauptsache baut sich Ö. E. auf dem geltenden österreichischen Strafgesetzbuch von 1852 und damit auch dem Strafgesetzbuch von 1803 auf. Ö. E. und der Amtliche Entwurf eines allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1925 (A. E. 1925) sind einander sehr ähnlich. Wir können uns deshalb eine besondere Würdigung von Ö. E. sparen und werden nur im Rahmen unserer Stellungnahme zu A. E. 25 auf ihn zurückkommen.

Entwurf eines Schweizerischen Strafgesetzbuches von 1918. F.

Von neueren ausländischen Entwürfen ist erwähnenswert der Entwurf eines Schweizerischen Strafgesetzbuches von 1918. Gleich dem V. E. und Ö. E. sowie A. E. 25 kennt er nur zwei Formen der Teilnahme: Anstiftung und Beihilfe. Im Gegensatz zum K. E., E. 19 und E. München ist die Täterschaft hier nach objektiven Gesichtspunkten abgegrenzt, was aus der Fassung des Artikels 22 und namentlich für die Beihilfe aus Artikel 23 hervorgeht. Im übrigen ist für die Behandlung der Teilnahme nach der Fassung der Art. 22 und 23 limitiert akzessorische Form massgebend[124]). Es muss Anstiftung oder „Gehilfenschaft" zu einem Vergehen vorliegen, die Haupttat muss also bei richtiger Auslegung des Art. 24 jedenfalls rechtswidrigen Charakters haben[125]). Begrenzt wird die Akzessorietät durch die Bestimmung des Art. 24:

„Besondere persönliche Verhältnisse, Eigenschaften und Umstände, die die Strafbarkeit erhöhen, vermindern oder ausschliessen,

---

[124]) In scharfem Gegensatz zu dem oben Dargelegten steht die Ansicht Germanns (a. a. O. S. 36 f.) für den im Schweizerischen Entwurf die Regelung der Teilnahme nach subjektiven Gesichtspunkten erfolgt ist, was er ohne jede Berechtigung mit der allgemein subjektiven Einstellung des vorliegenden Entwurfes zu begründen sucht. Unbedingt abzulehnen ist auch seine Auffassung, dass im Schweizerischen Entwurf die Verselbständigung der Teilnahme durchgeführt sei. Diese Meinung leitet er aus Art. 24 leg. cit. ab, wobei er offenbar von der irrigen Annahme ausgeht, mit der Aufgabe der extrem-akzessorischen Form der Teilnahme habe sich der Entwurf von jeder Akzessorietät der Teilnahme frei gemacht (a. a. O. S. 54). Im einzelnen stützt sich seine Theorie der selbständigen Bestrafung des Anstifters ausser auf Art. 24 namentlich auf Art. 22/II, der die misslungene Anstiftung ahndet. Germann sieht darin nicht nur ein delictum sui generis, sondern die allgemeine Form der Begehung des Deliktes, obwohl aus dem Gesetz hervorgeht, dass bei Anstiftung wie bei Beihilfe der Versuch prinzipiell straflos bleibt (a. a. O. S. 55 und 60). Noch unverständlicher als der Standpunkt Germanns für die Anstiftung ist seine Stellungnahme gegenüber der Beihilfe, die voll des inneren Widerspruches ist. Während er anfangs (a. a. O. S. 58) die Akzessorietät der Gehilfenschaft anerkennt, glaubt er im Folgenden (S. 60) unter vorherigem Hinweis auf die Art. 24 und 102 leg. cit. den Art. 23 als Beweis für die selbständige Bestrafung der Gehilfenschaft werten zu können, da der Gehilfe mangels einer strafbaren Täterhandlung straflos sei.

[125]) a. M. Germann a. a. O., S. 54.

werden bei dem Täter, dem Anstifter und dem Gehilfen berücksichtigt, bei dem sie vorliegen".

Unter den Strafausschliessungsgründen des Schweizerischen Entwurfes sind solche im weiteren Sinne zu verstehen, d. h., es sind auch die sogenannten Schuldausschliessungsgründe dazu zu rechnen. Somit wäre nach dieser Vorlage der Teilnehmer an der Tat des Unzurechnungsfähigen oder Schuldlosen strafbar. Jedoch ist es Voraussetzung der Strafbarkeit, dass der Teilnehmer den in der Person des Täters liegenden Strafausschliessungsgrund nicht kannte, anderenfalls ist er als mittelbarer Täter zu bestrafen[126]). Hervorzuheben ist, dass gleich dem § 50 RStrGB. auch Art. 24 des Schweizer Entwurfes keine Bestimmungen über die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse strafkonstitutiven Charakters enthält. Doch ist, wie auch im geltenden Recht der Teilnehmer, in dessen Person die besonderen Umstände nicht vorliegen, aus dem Gesichtspunkt der Akzessorietät und vermittels eines argumentum e contrario aus Art. 24 zu strafen[127]).

IV. Teil. Der Amtliche Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1925.

A. Die Lösung der Teilnahmefrage im Allgemeinen.

Der vorliegende Entwurf unterscheidet sich rein äusserlich in zweifacher Hinsicht von seinen Vorgängern. Einmal ist er der erste deutsche Strafgesetzentwurf, der amtlichen Charakter trägt, zum anderen soll sich seine Geltung dereinst auch auf Deutsch-Österreich erstrecken. A. E. 25 wurde im Einvernehmen zwischen der deutschen und österreichischen Justizverwaltung fertiggestellt und baut auf dem Entwurf des ehemaligen Justizministers Radbruch vom Herbst 1922 auf, der allerdings in wesentlichen Punkten einschneidend abgeändert wurde.

Der Entwurf steht auf dem Standpunkt der objektiven Theorie[128]). Als Täter gilt, wer die mit Strafe bedrohte Handlung

---

[126]) Gl. M. Germann a. a. O., S. 43 und 45.

[127]) Auf Grund seiner These von der Verselbständigung des Teilnehmerbegriffs im Schweizerischen Entwurf kommt Germann hier zu dem Ergebnis, die Teilnahme am Sonderdelikt für straflos zu erklären (a. a. O. S. 62); doch empfiehlt er de lege ferenda eine Regelung im weiteren Sinne (S. 77).

[128]) Vgl. Wachenfeld, Arch. f. Strafr. u. Strafproz. 1925, H. 4; Bumke, DJZ. 1925, Heft 1; Gerland, Krit. Bem. z. E. 25, S. 52; dagegen S. 56.

selbst vornimmt, d. h. bei Erfolgsdelikten, wer für den verpönten Erfolg in solcher Weise tätig wird, dass der im Tatbestande gebrauchte Ausdruck auf seine Handlung Anwendung finden kann, „ohne der Sprache Gewalt anzutun“ (Begr. S. 25). Die auf der Lehre von der Gleichwertigkeit aller Bedingungen eines Erfolges beruhende Gleichstellung der „Täter“ und „Teilnehmer“ lehnt A. E. 25 ausdrücklich ab (Begr. S. 25), da sie „der natürlichen Betrachtungsweise und den Anschauungen des täglichen Lebens widerspricht und ausserdem auch unbillig ist, weil die Schuld des Gehilfen in der Regel geringer ist, als die des Täters und Anstifters“. Wir haben diese Einwendungen schon oben als nicht stichhaltig bezeichnet. Zudem ist der Entwurf dann inkonsequent, wenn er in der Regel den Gehilfen gleich einem Täter bestraft (§ 26) und nur im Ausnahmefall die Strafe mildert. A. E. 25 macht sich die limitiert akzessorische Form[129]) der Teilnahme zu eigen, wobei er in der Hauptsache, wie übrigens auch hinsichtlich seines objektiven Standpunktes, dem Ö. E. folgt. Im Gegensatz zu G. E., K. E., E. 19, E. München und Ö. E. verzichtet A. E. 25 nicht nur auf eine besondere Bestimmung über die Täterschaft[130]), sondern er sieht auch keine solche für den Mittäter vor. Die Begründung (Seite 25) erklärt diese Neuerung damit, dass der Mittäter Täter sei, „weil er die strafbare Handlung „ausführt“, sei es auch gemeinschaftlich mit anderen. Das ist so selbstverständlich, dass es nicht gesagt zu werden braucht. Ebenso kann auch ohne eine Definition des Mittäters kein Zweifel bestehen, dass ein Mittäter auch dann wegen vollendeten Verbrechens zu bestrafen ist, wenn der Erfolg nicht durch seine eigene Handlung, sondern durch die Handlung eines anderen Mittäters, herbeigeführt worden ist“. Wir können uns dieser Auffassung nicht anschliessen. Der Begriff der Mittäterschaft mag für viele praktisch vorkommenden Fälle entbehrlich sein, für alle ist er es keinesfalls. Die Begründung irrt, wenn sie (Seite 25) behauptet, dass dieser Begriff feststehe. Zum Gegenbeweis sei nur die Schwierigkeit der Abgrenzung gegenüber der Beihilfe angeführt. Ferner scheint der neue Gesetzgeber das eigentliche Wesen der Mittäterschaft völlig zu übersehen, das gerade in der Arbeitsteilung mehrerer am Verbrechen beteiligten Personen liegt. Nicht jeder realisiert hier durch Setzen einer Bedingung zum Erfolg schon den ganzen Tatbestand, sondern dieser wird gerade erst durch das vorsätzliche, einheitliche Zusammenwirken mehrerer Personen erfüllt, von denen einer den anderen ergänzt. Es versteht sich mithin durchaus nicht von selbst, dass bei vorsätzlichem Zusammenwirken mehrerer zu gemeinsamer Begehung eines Deliktes jedem auch die Ausführungshandlungen seines Komplizen zuzurechnen sind.

---

[129]) Nach Ansicht Gerlands a. a. O. S. 53 ist im Entwurf „das Prinzip der Akzessorietät radikal beseitigt“. Ebenso Wach, DJZ. 1925, H. 7, S. 535; Wachenfeld, Arch. f. Strafr. u. Strafproz. 1925, H. 4.

[130]) Die Definition dieses Begriffes ergibt sich aus den §§ 25 und 26, A. E. 25.

Vielmehr kann eine gesetzliche Vorschrift hierüber nicht entbehrt werden[131]). Das Fehlen einer solchen Bestimmung im Entwurf muss bemängelt werden und ist keinesfalls mit der gegenüber dem Reichsstrafgesetzbuch scheinbar weiteren Fassung des § 26 (Beihilfe) zu rechtfertigen. Dieser lautet:

„Wer vorsätzlich einem anderen die Ausführung einer strafbaren Handlung erleichtert, wird als Gehilfe gleich einem Täter bestraft; doch kann die Strafe gemildert werden (§ 72)".

Für Gerland[132]) allerdings ergibt sich aus dem Wortlaut dieser Bestimmung, wozu ihn wohl in erster Linie das wenig glückliche, farblose Wort „erleichtern" veranlasst hat, die Überflüssigkeit des Begriffes „Mittäter", da seiner Ansicht nach die Fälle der Mittäterschaft „völlig in der Gehilfenschaft aufgehen". Er kommt damit zu dem sonderbaren Ergebnis, „dass nach dem Entwurf eine strafbare Handlung begangen werden kann, in der Form der gegenseitigen Gehilfenschaft, die durch den animus societatis . . charakterisiert wird". Die Unhaltbarkeit dieser Behauptung ergibt sich einwandfrei aus der Begründung (S. 27). Nach ihr unterscheidet sich der Gehilfe vom Täter „durch die Art seiner Betätigung", nur der Täter führt die Tat wirklich aus oder versucht es wenigstens, während der Gehilfe ihr lediglich durch Rat oder Tat Vorschub leistet. Alle diese Streitfragen wären hinfällig, wenn sich der Entwurf dazu entschlossen hätte, die oben (Seite 14 ff.) dargelegte Verselbständigung des Teilnehmerbegriffs konsequent durchzuführen.

Die augenfälligste Neuerung, die der A. E. 25 im geltenden Recht sowohl wie auch den letzten Entwürfen gegenüber aufweist, ist der Verzicht auf den Begriff der mittelbaren Täterschaft, der nach der Begründung (S. 26 f.) in der Anstiftung aufgeht. Die Anstiftung selbst (§ 25) formuliert der Entwurf folgendermassen:

„Wer vorsätzlich veranlasst, dass ein anderer eine strafbare Handlung ausführt, wird als Anstifter gleich einem Täter bestraft".

Unverkennbar schliesst sich A. E. 25 hier an den Ö. E. an, dessen entsprechende Vorschrift lautet:

§ 27: Urheber.

„Urheber ist, wer mit bösem Vorsatz bewirkt, dass durch einen anderen eine Tat zur Ausführung gelangt, deren vorsätzliche Begehung mit Strafe bedroht ist. Der Urheber wird gleich einem Täter bestraft".

---

[131]) Gl. M. Wegner, Aschrott-Kohlrausch, Reform I, S. 103/04; Kerr. Ger. S. Bd. 92, Heft 1/3, S. 142; Wach, DJZ. 1925, S. 109; M. E. Mayer, Aschrott-v. Liszt, Reform I, S. 109.

[132]) Gerland a. a. O., S. 55 ff.

Der Sache nach sagt diese Bestimmung genau das Gleiche wie der § 25 A. E. 25. Der Entwurf hat also den Anstifterbegriff des geltenden Rechts aufgegeben und sich den Urheberbegriff des österreichischen Gegenentwurfes zu eigen gemacht, obwohl er es beim alten Namen belässt[133]). Statt des im Reichsstrafgesetzbuch angewandten Wortes „bestimmen" sagt A. E. 25 „veranlassen" und erweitert damit den Begriff der Anstiftung um ein Beträchtliches[134]). Das Wort „veranlassen" ist vermutlich gewählt, um damit die Fälle, die ehemals als mittelbare Täterschaft angesehen wurden, unter den Begriff „Anstiftung" zu bringen. Immerhin mutet es merkwürdig an, dass sich die Begründung über die Anwendung des Wortes „veranlassen" an Stelle von „bestimmen" vollkommen ausschweigt.

Für die Abhängigkeit der Teilnahmehandlungen von der Täterhandlung sieht der Entwurf die limitiert-akzessorische Form vor. Die Strafbarkeit des Anstifters und des Gehilfen hängt nach §§ 25 und 26 A. E. 25 davon ab, ob ein anderer eine Straftat ausgeführt oder ihre Begehung versucht hat, da der Entwurf (§ 23) schon in dem blossen Deliktsversuch eine strafbare Handlung erblickt. Die für die ganze Gestaltung der Teilnahme in A. E. 25 charakteristische Vorschrift enthält der § 27, aus dem sich deutlich die grundverschiedene Auffassung des Entwurfs gegenüber dem geltenden Recht ergibt. Die genannte Vorschrift lautet:

§ 27: Selbständige Strafbarkeit des Teilnehmers[135]).

„Die Strafbarkeit des Anstifters und Gehilfen ist unabhängig von der Strafbarkeit dessen, der die Tat ausführt".

Mit der Aufnahme dieser Bestimmung füllt der Entwurf endlich eine in der seitherigen Strafgesetzgebung klaffende Lücke aus.

Der § 27 A. E. 25 hebt die Unabhängigkeit der Strafbarkeit des Teilnehmers von der des Haupttäters hervor. Es soll mithin für die Bestrafung des Anstifters und Gehilfen gleichgültig sein, ob der Täter wegen mangelnden Vorsatzes (§ 12 A. E. 25) oder wegen Unzurechnungsfähigkeit (§ 16 A. E. 25) straffrei ausgeht, denn die Haupttat verliert dadurch keineswegs den Deliktscharakter, der allein Voraussetzung für die Strafbarkeit ist[136]). Damit wird der Irrtum des Teilnehmers über die Geisteskrankheit oder Schuldhaftigkeit des Täters für belanglos erklärt, da es nach A. E. 25 ebensowohl Teilnahme am Verbrechen Zurechnungsfähiger wie an dem Unzurechnungsfähiger gibt. Der Begriff der mittelbaren Täterschaft wird für den Entwurf entbehrlich; wir werden hierauf noch gelegentlich unserer Betrachtung des § 28 zurückkommen.

---

[133]) Gl. M. Wegner a. a. O., S. 113.

[134]) Vgl. Kern a. a. O., S. 144. Ebenso Wach in DJZ. 1925, Heft 7, S. 536; Ebermayer in DJZ. Sonderbeilage Richtertag, S. 66.

[135]) Vgl. Lobe JW. 1925, S. 882; Bumke DJZ. 1925, Heft 1, S. 21; Wach, DJZ. 1925, Heft 7, S. 535; s. auch Begr. S. 27/8.

[136]) Die Ueberschrift zu § 27 ist nicht zutreffend, da von einer wirklich völlig selbständigen Bestrafung des Teilnehmers im A. E. 25 keine Rede sein kann.

B. Einfluss besonderer Eigenschaften und Verhältnisse auf die Strafbarkeit der Teilnehmer unter besonderer Berücksichtigung der unterschiedlichen Behandlung im geltenden Recht.

Am deutlichsten prägt sich der gegensätzliche Standpunkt des Entwurfs gegenüber dem geltenden Recht ausser im § 27 A. E. 25 in dem § 28 aus, dessen unterschiedliche Einstellung zu § 50 RStrGB. den Kern unserer Aufgabe bildet. § 28 lautet:

Besondere Eigenschaften und Verhältnisse:

„Wenn besondere Eigenschaften oder Verhältnisse die Strafbarkeit der Tat begründen, so sind der Anstifter und der Gehilfe strafbar, wenn diese Umstände bei ihnen oder beim Täter vorliegen. Liegen die Umstände beim Anstifter nicht vor, so kann seine Strafe gemildert werden (§ 72).

Bestimmt das Gesetz, dass besondere Eigenschaften oder Verhältnisse die Strafe schärfen, mildern oder ausschliessen, so gilt das nur für den Täter, Anstifter oder Gehilfen, bei dem sie vorliegen".

Mit dieser Bestimmung folgt der vorliegende Entwurf dem im K. E., E. 19, E. München und Ö. E. gegebenen Vorbild und bringt eine Vorschrift über die Teilnahme am Sonderdelikt. Die Bedeutung dieser Kodifikation, deren Notwendigkeit wir an anderer Stelle schon hervorgehoben haben, liegt nicht so sehr in der Tatsache, dass der eigenschaftslose Teilnehmer am Sonderdelikt bestraft werden kann — dieser Konsequenz konnte sich auch das geltende Recht nicht verschliessen — vielmehr liegt sie darin, dass durch die eindeutige Bestimmung dem ewigen Streit der Doktrin über diese Frage ein Ende bereitet wird. § 28 sagt ganz klar, dass Anstifter und Gehilfe wegen Teilnahme an einem Sonderdelikt auch dann strafbar sind, wenn die strafbegründenden Tatumstände in ihrer Person nicht vorliegen. Die gleiche Regelung ist für die Fälle vorgesehen, die das heutige Recht als mittelbare Täterschaft ansieht, die nach A. E. 25 aber in der Anstiftung aufgehen. Wer einen gutgläubigen Beamten zu einer Falschbeurkundung veranlasst, wird nach A. E. 25 als Anstifter zur Falschbeurkundung bestraft (§§ 25, 28 Abs. 1, 128), der Entwurf konnte deshalb auf eine dem § 271 RStrGB. entsprechende Vorschrift verzichten.

Offenbar im Anschluss an E. München geht A. E. 25 noch weiter und trifft auch für den umgekehrten Fall eine Regelung, dass die besonderen Tatumstände nicht beim Haupttäter, sondern beim Anstifter und Gehilfen vorliegen. (Z. B. ein Beamter veranlasst einen Nichtbeamten zu einer Falschbeurteilung.) Die Möglichkeit dieser gesetzlichen Konstruktion hängt allerdings davon ab, dass die Handlung, zu der angestiftet oder Beihilfe geleistet wird, „auch wenn sie eine beliebige andere Person vornimmt, immer noch eine rechtswidrige Handlung bleibt, dass sie nicht etwa durch das Fehlen der besonderen

Eigenschaften und Verhältnisse in der Person des Ausführenden zu einer indifferenten Handlung wird" (Begr. S. 25). Gemeint sind damit die Delikte, die nur „eigenhändig" begangen werden können, d. h. solche, die verlangen, dass die besonderen Eigenschaften und Verhältnisse in der Person des Täters vorliegen[137]). Von strafbarer Teilnahme kann hier nur die Rede sein, wenn einer, in dessen Person die besonderen Tatumstände nicht vorzuliegen brauchen, den durch die besonderen Eigenschaften charakterisierten Täter zur Ausführung des Deliktes veranlasst oder unterstützt. Strafbare Teilnahme liegt in diesem Falle jedoch nicht vor, wenn die erforderlichen besonderen Eigenschaften oder Verhältnisse zwar bei dem Anstifter oder Gehilfen, nicht aber bei dem Ausführenden vorhanden sind. So kann der Nichtverwandte den Verwandten, nicht aber der Verwandte den Nichtverwandten zur Blutschande anstiften. Es muss jedoch bemängelt werden, dass die Beschränkung des § 28 Absatz 1 auf die „nichteigenhändigen" Delikte keineswegs aus dem Wortlaut der Bestimmung hervorgeht, vielmehr ergibt sich das erst aus der Begründung. Die entsprechende Fassung von E. München ist da unbedingt vorzuziehen[138]).

Das geltende Recht hat, wie für die Sonderdelikte überhaupt, naturgemäss auch für ihren besonders spezialisierten Fall, nämlich dass die besonderen Eigenschaften und Verhältnisse lediglich bei einem der Teilnehmer vorliegen, keine ausdrückliche Regelung getroffen. Um die unbefriedigenden Ergebnisse, die die Straflosigkeit dieser Form des Sonderdeliktes mit sich gebracht hätte, zu verhüten, hat die Praxis auch hier wieder die Konstruktion der mittelbaren Täterschaft zu Hilfe genommen. Auf diese Weise kann allerdings dann nur der Anstifter, nie der Gehilfe belangt werden[139]). Die Lösung, die der Entwurf hier bringt, ist im Grossen und Ganzen zufriedenstellend. Dadurch, dass der Gesetzgeber den Begriff der Anstiftung stark erweitert, ist er nicht auf den Notbehelf der mittelbaren Täterschaft angewiesen, die er im übrigen für das neue Gesetz gar nicht vorsieht. Diese Auslassung der mittelbaren Täterschaft und ihre Gleichstellung mit der Anstiftung hat verschiedentlich zu scharfer Kritik am Entwurf Anlass gegeben[140]). Es wird darauf hingewiesen, dass der Vorsatz des Anstifters ein anderer sei, als der des intellektuellen Urhebers, ferner wird die Befürchtung ausgesprochen, dass infolge des Wegfalls des Begriffs der mittelbaren Täterschaft in A. E. 25 viele Fälle nicht bestraft werden können, deren Strafbarkeit im Reichsstrafgesetzbuch ausser Frage steht. Andere halten es für eine Sinnwidrigkeit, dass eine qualifizierte Person den Extraneus zur Ausführung eines Sonder-

---

[137]) Vgl. S. 10 f. dieser Arbeit.

[138]) Vgl. S. 90 dieser Arbeit.

[139]) Vgl. RGE. Bd. 28, S. 109; Bd. 44, S. 69.

[140]) Vgl. Wegner a. a. O., S. 113 ff.; Beling, GS. Bd. 91, S. 361; Ebermayer, DJZ. 1925, Sonderbeil. Richtertag.

deliktes anstiften können[141]). Doch greifen diese Bedenken nicht durch. Bei gleicher Strafdrohung für Anstifter und mittelbaren Täter verwirrt die subtile Unterscheidung nur[142]). Die Begründung selbst drückt sich nicht eindeutig aus. Zunächst heisst es dort, dass die intellektuelle Urheberschaft entbehrlich wird (S. 25), im Folgenden wird diese Feststellung jedoch dahin eingeschränkt, dass der Begriff der mittelbaren Täterschaft nur zum grössten Teil überflüssig werde (S. 27), womit implicite gesagt ist, dass sie nicht völlig wegfallen soll. Jedenfalls aber bedeutet das Verfahren des A. E. 25, der alle Fälle der intellektuellen Urheberschaft unter dem Namen „Antung" vereinigt, eine willkommene Klärung. Zu begrüssen ist es weiterhin, dass die für den Haupttäter vorgesehene Grundstrafdrohung für den eigenschaftslosen Anstifter nach §§ 28, I, 72 gemildert werden kann[143]). Leider geht jedoch aus der Bestimmung nicht hervor, wie der Ausführende zu bestrafen ist, in dessen Person die besonderen Eigenschaften und Verhältnisse nicht vorliegen. Die Begründung schweigt sich hierüber aus: nach der Fassung des § 28 Abs. 1 könnte man annehmen, dass der eigenschaftslose Ausführende als Täter zu bestrafen wäre, die anderen Beteiligten akzessorische Teilnehmer blieben. Eine ähnliche Strafmilderung wie für den eigenschaftslosen Anstifter wäre hier sehr wohl am Platze. Bemängelt werden muss auch an A. E. 25, dass er mit keinem Wort der Teilnahme von Zivilisten an rein militärischen Delikten gedenkt.

Der zweite Absatz des § 28 entspricht dem § 50 RStrGB. mit der einen rein äusserlichen Unterscheidung, dass er auch die Eigenschaften und Verhältnisse erwähnt, die die Strafe ausschliessen (gemeint sind hiermit die persönlichen Strafausschliessungsgründe und Strafaufhebungsgründe). Damit bringt A. E. 25 gegenüber dem geltenden Recht sachlich nichts Neues, da dieses auch ohne diesbezügliche Bestimmung diese besonderen Umstände individuell wertete[144]). Die erweiterte Fassung des Tatbestandes bedeutete hier fraglos eine Verbesserung. Doch ist der Ansicht Kerns[145]) zuzustimmen, der „im Interesse systematischer Darstellung" neben den Strafausschliessungsgründen i. e. S. im Gesetz ausdrücklich die Strafaufhebungsgründe erwähnt wissen möchte.

Der § 28 A. E. 25 spricht nicht wie § 50 RStrGB. von „persönlichen", sondern von „besonderen" Eigenschaften und Verhältnissen. Nach der Begründung (S. 28) sollen damit verschiedene Zweifel gelöst werden, „die der Ausdruck des geltenden Gesetzes hervorgerufen hat, namentlich die bestrittene Frage, ob Rückfälligkeit und Gewohnheit als persönliche Eigenschaften und Verhältnisse an-

---

[141]) Vgl. Wegner a. a. O., S. 114/115.

[142]) Vgl. Kern, GS. Bd. 92, S. 146 f.

[143]) A. M. Kern a. a. O., S. 159/60, der die Milderung zwingend vorgeschrieben wissen will.

[144]) Vgl. S. 64 dieser Arbeit.

[145]) Vgl. Kern a. a. O., S. 164.

gesehen werden können". U. E. ist diese vom Entwurf getroffene Neuerung wenig glücklich. Wohl bestanden Zweifel darüber, ob gewisse Eigenschaften und Verhältnisse als „persönliche" anzusprechen wären. Doch hatte sich hier mit der Zeit eine fast allgemein anerkannte, durchaus befriedigende Auslegung gebildet. Die vom Entwurf geplante Erweiterung schliesst die Gefahr in sich, dass die Bestimmung auch auf nicht persönliche Eigenschaften und Verhältnisse ausgedehnt werden könnte. Der Ausdruck des geltenden Rechtes wäre besser beibehalten worden[146]).

A. E. 25 löst die Frage der Teilnahme, namentlich bei Sonderdelikten, entschieden besser, als es das geltende Recht getan hat. Die kleinen Mängel, die wir da und dort zu rügen hatten, verschwinden vor der glücklichen Gesamtlösung; immerhin ist die Beseitigung dieser Gebrechen zu fordern.

---

[146]) Gl. M. Gerland a. a. O., S. 60; Wachenfeld, Arch. f. Strafrecht und Strafprozess Jahrg. 1925, Heft 4.

Anhang.

Die Reichstagsvorlage 1927.

A. E. 25 wurde im Reichsrat durchberaten und nach dessen Zustimmung am 14. Mai 1927, mit einigen Änderungen versehen, dem Reichstag zur Beschlussfassung vorgelegt. Die Kodifizierung der Teilnahme (§§ 28 bis 32 Rtgv.) erfuhr eine wesentliche Verbesserung durch die Wiederaufnahme des Begriffs der Mittäterschaft in das Gesetz (§ 28). Auf die Unentbehrlichkeit dieses Begriffs haben wir schon oben hingewiesen, und die von A. E. 25 vorgesehene Regelung bemängelt. Nach der Begründung (Seite 29) sind für die Unterscheidung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe weder allein objektive noch allein subjektive Merkmale von Belang, sondern beide Gesichtspunkte sind in Rücksicht zu ziehen. Im Gegensatz zu A. E. 25 führt die Reichstagsvorlage den von der Begründung (S. 27) vertretenen Standpunkt, die Schuld des Gehilfen sei in der Regel geringer als die des Täters und Anstifters, konsequent durch und sieht für die Beihilfe obligatorische Strafmilderung vor (§ 30 Rtgv.). Das farblose Wort „erleichtern", womit A. E. 25 die Beihilfe (§ 26 A. E. 25) bezeichnete, ersetzt die Reichstagsvorlage einwandfrei durch das schon im Reichsstrafgesetzbuch angewandte „Hilfe leisten". Der dem § 28 A. E. 25 entsprechende § 32 Rtgv. fasst den inhaltlich gleichen Absatz 1 neu:

§ 32: Besondere Eigenschaften oder Verhältnisse:
„Wegen einer Tat, deren Strafbarkeit durch besondere Eigenschaften oder Verhältnisse begründet wird, sind Anstifter und Gehilfe strafbar, wenn diese Eigenschaften oder Verhältnisse bei ihnen oder beim Täter vorliegen. Liegen sie beim Anstifter nicht vor, so kann seine Strafe gemildert werden (§ 73)".

Wenn der Autor sich eine bescheidene Schlussbemerkung gestatten darf, so möchte er wünschen, dass die Reichstagsvorlage, auch wenn sie nicht allen seinen Erwartungen Rechnung trägt, bald Gesetz werden möge.

Literaturverzeichnis.

Allfeld . . . . . Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 8. Auflage. 1927.

v. Bar . . . . . Die Schuld nach dem Strafgesetz. 1907.

Bauer . . . . . Die akzessorische Natur der Teilnahme. 1904.

Beling . . . . . Lehre vom Verbrechen. 1906. Gerichtssaal Bd. 91.

Berner . . . . . Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 1898.
Die Lehre von der Teilnahme 1847.

Berolzheimer . . . . . Die akzessorische Natur der Teilnahme. 1909.

Binding . . . . . Grundriss des Strafrechts allgemeiner Teil 1913. Gerichtssaal Bd. 76, Heft 1—3.

Bing . . . . . Behandlung der Anstiftung im geltenden Strafrecht und im Entwurf. 1914.

Birkmeyer . . . . . Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts 1890.
Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil, Bd. II, 1909.
Kritiken des Vorentwurfs. 1. Beitrag.

Botschaft des Bundesrats an die Bundesversammlung zum Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches vom 23. Juli 1918. 15. Aufl.

Brandt . . . . . Grenzen der mittelbaren Täterschaft im geltenden und künftigen Strafrecht. 1916.

Bull . . . . . Der Einfluss persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse auf Täterschaft und Teilnahme. 1902.

Bumke . . . . . Der neue Strafgesetzentwurf. Deutsche Juristen-Zeitung. XXX. 1915, Heft 1.

v. Buri . . . . . Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung. 1860.
Urheberschaft und Beihilfe. Goltd. Arch. Heft 17.
Kausalität und Teilnahme. Gerichtssaal Bd. 56.

Engelsing . . . . . Eigenhändige Delikte. Eine Untersuchung über die Grenzen mittelbarer Täterschaft. 1926. (Strafrechtliche Abhandl. Heft 212.)

Coenders . . . . . Strafrechtliche Grundbegriffe, insbesondere Täterschaft und Teilnahme. 1909.

Doerr . . . . . Der Einfluss persönlicher Verhältnisse auf die Strafbarkeit der Teilnahme; in Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. S. 348, Jahrg. 1906, Heft 12.

Ebermayer . . . . . Die Strafrechtsreform (1913) 1914 (in Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart).
Der Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs (1913) 1914.

Ebermayer . . . . . Der Stand der Strafrechtsreform. DJZ. 1926. Heft 17/18.

Die Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht. 1921, Heft 3/4.

Deutsche Juristen-Zeitung 1925. Sonderbeilage Richtertag. S. 66.

Der Entwurf 1927 eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches nach der Fassung des Reichsrates. — DJZ. 1927; 32. Jahrg. Heft 9.

Ebermayer, Lobe Rosenberg Reichsstrafgesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. 1925 (Leipziger Kommentar).

Ennecerus-Kipp-Wolff . Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I, 2.

Finger . . . . . Lehrbuch des deutschen Strafrechts. I. 1904.

Foinitzky . . . . . Die strafrechtliche Doktrin der Teilnahme. Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft. Bd. 12.

Frank . . . . . Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1925.

Gerland . . . . . Deutsches Reichsstrafrecht. 1922.

Kritische Bemerkungen zum allgemeinen Teil des Strafgesetzentwurfes von 1919. 1921.

Der Entwurf 1925. Allgemeiner Teil. 1925.

Germann . . . . . Die Bestimmungen über die Teilnahme im Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches in: Strafrechtliche Abhandlungen 1923. Heft 207

Getz . . . . . Mitteilungen der J. K. V. 1895 Bd. 5.

Gretener . . . . . Der Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches. Gerichtssaal 1919, Bd. 87, Heft 1.

Hagerup . . . . . Zur legislativen Behandlung der Teilnahme am Verbrechen. Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft. 1909, Bd. 29.

Hafter . . . . . Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil. 1926.

Hälschner . . . . . Das gemeine deutsche Strafrecht. I. 1881.

Hamm . . . . . Der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. DJZ. 1911, Heft 1.

Harburger . . . . . Mitteilungen der J. K. V. 1903, Bd. 11.

Heimberger . . . . . Mitteilungen der J. K. V. 1903, Bd. 11.

Hergt . . . . . Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen. 1909.

Herzog . . . . . Ueber Strafbarkeit und Straflosigkeit im Sinne des Strafgesetzbuches mit besonderer Rücksicht auf die Lehre der Teilnahme. Gerichtssaal Bd. 24.

Hilgemann . . . . . Die Teilnahme an der Teilnahme. 1908.

Hoegel . . . . . Akzessorische Natur der Teilnahme, mittelbare Täterschaft, Eventualvorsatz.

Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissensch. 1916. Bd. 87, Heft 6/8.

Höpler . . . . . Der neue österreichische Strafgesetzentwurf. Gerichtssaal 1922, Bd. 88, Heft 3—5.

v. Holtzendorff . . . . Handbuch des Deutschen Strafrechts. Die allgemeinen Lehren. 1871.

Humbser	Die Teilnahme nach dem Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. 1911.
Jankowitsch	Der Einfluss besonderer Umstände auf Täterschaft und Teilnahme. 1911.
Kern	Die Teilnahme im Entwurf. 25. Gerichtssaal, Bd. 92, Heft 1/3.
Kipp	Die Lehre von der Teilnahme nach dem Strafgesetzentwurf von 1919. 1922.
Klosak	Welches sind die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse im Sinne des § 50 StrGB? 1907.
Kohler	Deliktteilnehmer und persönliche Beziehungen; im Arch. f. Strafrecht. 1904, Heft 2/3.
	Studien aus dem Strafrecht. 1890.
Köhler	Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. 1917.
Koppmann	Die Strafbarkeit der Teilnahme von Zivilpersonen an rein militärischen Delikten. 1903.
Kretschmann	Mittelbare Täterschaft im geltenden Strafrecht und im Strafgesetzentwurf. Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft. Bd. 43, Jahrg. 1922.
Kries	Ein Beitrag zu der Lehre von der Teilnahme. Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtsw. Bd. 7.
Krug	Die besonderen Umstände der Teilnehmer. Strafrechtl. Abhandlung. Heft 24, 1899.
Lammasch	Der norwegische Strafgesetzentwurf. Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft. Bd. 14.
Lenz	Täterschaft und Teilnahme; in Oesterreichische Krim. Vergg.: Der Deutsche Strafgesetzentwurf 1921.
Liepmann	Die Reform des Deutschen Strafrechts. 1921. Hambg. Schrift f. d. ges. Rechtswissenschaft.
v. Liszt, Ed.	Oesterreichische Strafgesetzreform. Zeitschr. f. d. ges. Str. R. Wiss. 1922, Bd. 43, Heft 5.
v. Lizt, Franz	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 1919 u. 1921. Mitt. d. J. K. V. Bd. 4.
Lobe	Der Entwurf eines Allgemeinen Strafgesetzbuches. Juristische Wochenschrift. 54. Jahrg. 1925.
	Lücken im Amtlichen Entwurf eines Strafgesetzbuches. Gerichtssaal Bd. 92, Heft 1/3, 1926.
Mayer, M. E.	Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. 1923.
	Versuch und Teilnahme; in Aschrott-v. Liszt: Die Reform des Reichsstrafgesetzbuches. 1910.
Metzger	Die Teilnahmelehre des Strafgesetzentwurfs von 1919. D. Strafr. Ztg. 1921, Heft 7/8.
Meyer v. Schauensee	Die wissenschaftliche Bedeutung des neuesten schweizerischen Strafgesetzentwurfs. Gerichtssaal LXXXVIII. Heft 1/2.
Nagler	Die Teilnahme am Sonderverbrechen. 1903. Die Grundlagen des schweizerischen Entwurfs. Gerichtssaal LXXXVI. Heft 5/6, 1919.
Nikoladoni	Mitteilungen der J. K. V. 1896, Bd. 5.
Olshausen	Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1912.

Oppenhoff . . . . . Die Rechtsprechung des Kgl. Obertribunals in Strafsachen.

Oppler . . . . . Die Teilnahme bei Unzurechnungsfähigkeit des Täters. Gerichtssaal Bd. 70, Heft 5/6.
Die Teilnahme am Verbrechen Unzurechnungsfähiger. DJZ. Jahrg. 1899, Nr. 15.

Ortmann . . . . . Goltd. Arch. XXII, S. 392.

Petri . . . . . Die mittelbare Täterschaft. 1911. Strafr. Abhandlungen Heft 125.

Perten . . . . . Die Beihilfe zum Verbrechen. Eine Untersuchung de lege ferenda. 1918.

Plotkin . . . . . Die Teilnahme am Verbrechen Unzurechnungsfähiger. 1918.

Radslob . . . . . Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, welche die Strafbarkeit erhöhen oder vermindern. 1909. Strafrechtliche Abhandlg. Heft 94.

Rubo . . . . . Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.

Sauer . . . . . Grundlagen des Strafrechtes nebst Umriss einer Rechts- und Sozialphilosophie. 1921.

Schönzeler . . . . . Das Problem der Teilnahme im Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der letzten deutschen, sowie ausländischen Strafgesetzentwürfe. 1927.

Schreiber . . . . . Täterschaft und Teilnahme bei Straftaten, die aus physischen Gründen nur von bestimmten Personen begangen werden können. 1913. Strafr. Abh. Heft 172.

Schwartz . . . . . Strafgesetzbuch für das deutsche Reich mit Kommentar. 1914.

v. Schwarze . . . . . Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1884.

Sonannini . . . . . Die Teilnahme von Zivilisten an militärischen Verbrechen und Vergehen. 1897.

Suckel . . . . . Der Einfluss persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse auf die Strafbarkeit der Teilnehmer. 1910.

Traeger . . . . . Zur Lehre von der Teilnahme. Jur. Woch. 1922. Heft 13.

Wach . . . . . Der neue Strafgesetzentwurf; in DJZ. 30. Jahrg. 1925, Heft 7.

Wachenfeld . . . . . Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 1914. Goltd. Archiv, Jahrg. 1925, Heft 4.

Wegner . . . . . Teilnahme (in Aschrott-Kohlrausch: Reform des Strafrechts.)

Zürcher . . . . . Erläuterungen zum Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches von April 1908 bis 1911.

Ausserdem sind die einschlägigen Gesetzestexte sowie die dazu gehörigen Begründungen verwandt.

Lebenslauf.

Josef Karl Scholz, geboren zu Mainz am 3. Februar 1906, ohne Religion, Sohn des Fabrikbesitzers Rudolf und seiner Frau Alice, geb. Hupfeld, besuchte das Alte Gymnasium zu Mainz bis zum 5. Februar 1924, studierte 8 Semester in München und Bonn und legte die mündliche Doktorprüfung am 28. Februar 1928 ab.

Das Thema und jede denkbare Förderung verdankt er seinem verehrten Lehrer Herrn Prof. Dr. Grafen zu Dohna.

Druck von Rud. Bechtold & Comp., Wiesbaden.